Die Rechtsstellung der Beteiligten des Fernsprechteilnehmerverhältnisses

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Hanns Andreas Hagmann
aus Plochingen/Neckar

1981

Die Rechtsstellung der Beteiligten des Fernsprechteilnehmerverhältnisses

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Hanns Andreas Hagmann
aus Plochingen/Neckar

1981

Haka-Druck, 7300 Esslingen

Dekan: Prof. Dr. Dietmar Willoweit

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolfgang Zöllner

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Wernhard Möschel

Tag der mündlichen Prüfung: 17. 2. 1981

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhalt

I. Problemstellung 1

II. Gesetzliche Ausgestaltung, öffentlich-rechtliche Natur und Zustandekommen des Fernsprechteilnehmerverhältnisses 4

III. Der Anschluß an das öffentliche Fernsprechnetz 10

1. §§ 7 und 8 FernmG. Lokalnetz 10
2. Ansprüche der nicht dinglich Berechtigten 11
3. Die Grundstückseigentümererklärung 13
   a) Bedeutung und Inhalt 13
   b) Dogmatische Einordnung 18
4. Anschluß im Rahmen der technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten 23
5. Bevorzugte Anschließung 24
6. Übernahme von Teilnehmereinrichtungen 27
7. Gebührenpflicht nach Rücknahme des bestätigten Anschließungsantrages 28

IV. Das Teilnehmerverhältnis nach Anschluß des Teilnehmers 32

1. Die Eintragung im Amtlichen Fernsprechbuch 32
2. Störanrufe 34
3. Gestaltung der Benutzungs- und Tarifbedingungen 37
4. Die Änderung von Ortsnetzbereichen 40
5. Fernmeldegebührenrechtliche Fragen 42
   a) Fernmeldegebühren und allgemeines Gebührenrecht 42
   b) Fernmeldegebühren. Restgebühren im Konkursfall 54
   c) Gebührenschuldner 57
   d) Die äußere Form der Fernmelderechnung 59
   e) Die Höhe des Gebührenanspruchs 62
      aa) Die Gebührenzählung 62
      bb) Der Beweis des ersten Anscheins 64
      cc) Gebührensprung 65

dd) Privater Gebührenzähler. Telestoppuhr. Strichliste 65
ee) Durchschnittsergebnis 66
ff) Gebührenerstattung 67
gg) Vorschüsse 68

f) Einwendungen gegen die Gebührenforderung 69

g) Die Sperre von Teilnehmereinrichtungen 72

aa) Voraussetzungen. Zulässigkeit 72
bb) Leistungsverweigerungsrecht oder Maßnahme des Verwaltungszwanges 74
cc) Vorläufiger Rechtsschutz 77

h) Die Beitreibung der Fernmeldegebühren 81

V. Die Beendigung des Teilnehmerverhältnisses 84

1. Verstoß gegen die Gebührenzahlungspflicht 84
2. Verstoß gegen andere Vorschriften der FO 86
3. Kündigung von Teilnehmereinrichtungen durch die DBP 88

VI. Die Haftung der DBP 92

1. Die gesetzliche Regelung 92
2. "Typische Haftungsgefahren und typische Leistungen" 98
3. Wer muß die Haftungssonderregelung gegen sich gelten lassen? 103
4. Kritische Anmerkungen zur Haftungsregelung der FO 105

a) Art. 34 GG 108
b) Begründung der eingeschränkten Posthaftung durch die h.M. 108
c) Stellungnahme 109

VII. Prozessuale Fragen 115

1. Die Rechtswegzuweisung des § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG 115
2. Die Beitreibung der Fernmeldegebühren (§ 9 Abs. 1 S. 1 FernmG) 118

Schrifttum

Abraham, H.J. u.a., Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), 1950 ff, Stand Juni 1979.

Altmannsperger, Anmerkung zu BVerwG Archiv PF 1976, 90, in: Archiv PF 1976,94 ff.

Aubert, Joachim, Fernmelderecht I, Systematische Darstellung, 3. Aufl. 1974.
Zitiert mit Verfasser und Seitenzahl.

- Das Fernmelderecht im Spiegel der neueren Rechtsprechung, Jahrbuch des elektrischen Fernmeldewesens 1970,200 ff.

- Kündigung des Fernsprechanschlusses durch den Konkursverwalter, NJW 1952,732 f.

- Anmerkung zu LG Nürnberg-Fürth NJW 1959,1639 f, in: NJW 1959,1639 ff.

- Anmerkung zu LG Berlin Archiv PF 1962,336, in: Archiv PF 1962,337 f.

- Anmerkung zu KG Archiv PF 1967,319, in: Archiv PF 1967,322.

Bettermann, Karl August, Erhöhung der Fernsprechgebühren ohne Rechtsgrundlage und ohne Rechtsschutz? BB 1965,65 ff.

Böhle/Stamschräder, Konkursordnung, 12. Aufl. 1976.

Dürig, Gerhard, Anmerkung zu BVerfGE 28,66 ff, in: Archiv PF 1970,555 ff.

Erichsen, Hans-Uwe, Zur Haftung der Bundespost, DÖV 1965, 158 ff.

- Zum Rechtsweg bei Streitigkeiten über Fernsprechgebühren, Verwaltungsarchiv, Band 63, 1972, S.93 ff.

Erman, Walter u.a., Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 1975.

Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl. 1977.

Feigenbutz, Gerhard, Die Bindungen des Post- und Fernmeldewesens an und durch das Rechtsinstitut der Gebühr. Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 318, 1977.

Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973.

Huber, Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band, 2. Aufl. 1953.

Jauernig, Othmar, Anstaltsnutzung und Minderjährigenrecht, NJW 1972, 1 ff.

Jecht, Hans, Die Benutzungsverordnungen der Post, DÖV 1964, 544 ff.

- Anmerkung zu BGH NJW 1964,41, in: NJW 1964, 402 f.

Kämmerer, Ludwig, Grundfragen des Postverfassungsrechts, Archiv PF 1958,20 ff.

- Zur Verfassungsmäßigkeit der Postbenutzungsverordnungen, DVBl 1965,217 ff.

- Die Rechtsnatur der Bundespost, DVBl 1966,357 ff und 396 ff.

- Minderjährigkeit und Postbenutzung, DVBl 1974, 273 ff.

Kämmerer/Eidenmüller, Post- und Fernmeldewesen, Wirtschaftskommentator-Reihe Nr. 96, Loseblatt-Kommentar, Stand Juni 1978.

Katholnigg, Oskar, Der Haftungsausschluß der Post und die Haftung des Postbediensteten, DVBl 1960,471 ff.

Klingler, Ulrich, Anmerkung zu VG Köln, OVG Münster, VG Freiburg, HessVGH und VG Frankfurt Archiv PF 1972,462 ff, in: Archiv PF 1972,467 ff.

- Anmerkung zu HessVGH Archiv PF 1972,471 ff, in: Archiv PF 1972,483 ff.

- Anmerkung zu OVG Münster Archiv PF 1975,494 ff, in: Archiv PF 1975,498 f.

- Anmerkung zu Urteilen des BVerwG vom 13.7.1973 Archiv PF 1977,56 ff, in: Archiv PF 1977,63 ff.

- Anmerkung zu BVerwG Archiv PF 1978,87 ff im Anschluß.

Klingler/Mahler/Müller-Using, Die Rechtsprechung zum Fernmelderecht von 1970 bis 1972. Jahrbuch des elektrischen Fernmeldewesens 1973,235 ff.

Kloepfer, M., Anmerkung zum Beschluß des Gemeinsamen Senates der obersten Bundesgerichte NJW 1971,1606 ff, in: DVBl 1971,621.

Kohl, Walter, Die Grundsätze der Posthaftung, DÖV 1968,722 ff.

Kopp, Ferdinand O., Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl. 1979.

Külz, Helmut R., Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip in der Postzeitungsgebührenordnung, DVBl 1964, 795 ff.

Langerhans, Paul, Zur neuen Telegrammordnung: Ist ein totaler Haftungsausschluß zugunsten der Bundespost noch zeitgemäß? ZRP 1974,233 ff.

Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1977.

Leisner, Walter, Verwaltungspreis - Verwaltungssteuer, Betrachtung zu den Gebührengrundsätzen, in: Gedächtnisschrift für Hans Peters 1967, S.730 ff.

Loh, Ernesto, Die Haftung im Postbetrieb, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 195,1972.

Löwe/Graf v.Westphalen/Trinkner, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977.

Löwe, Walter, Der Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen - eine Aufgabe für den Gesetzgeber, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 373 ff.

Maunz, Theodor, Der Rechtsbestand des Postverwaltungsgesetzes, Rechtsgutachten, in: Archiv PF 1968,541 ff.

Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Loseblattkommentar, Stand 1979.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 39. Aufl. 1980.

Pietzner, Rainer, Fernmeldegebühren und Verwaltungsvollstrekkung, Archiv PF 1978,306 ff.

Raiser, Ludwig, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, unveränderter Neudruck 1961.

Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Aufl. 1978.

Renck, Ludwig, Anmerkung zum Beschluß des Gemeinsamen Senats der obersten Bundesgerichte, NJW 1971,1606 ff, in: NJW 1971,1606.

Rupp, Hans Heinrich, Verfassungsrechtliche Aspekte der Postgebühren und des Wettbewerbs der Deutschen Bundespost mit den Kreditinstituten, 1971.

- Anmerkung zu OVG Münster JZ 1965,366 ff, in: JZ 1965,370 f.

- Anmerkung zu BVerwG NJW 1978,335 ff, in: NJW 1978,337 f.

Schack, F., Anmerkung zu OVG Lüneburg DVBl 1958, 323 ff, in: DVBl 1958,325 ff.

Schmidt, Rudolf, Nochmals: Die Benutzungsverordnungen der Post, DÖV 1964,760 ff.

- Anmerkung zu BVerwGE 28,36 ff, in: Archiv PF 1968,223 ff.

- Anmerkung zu BVerwG DÖV 1978,327, in: DÖV 1978, 330.

Schulz, Burkhard, Bericht aus Bonn, ZRP 1976,228 ff.

Socher, Der Fernsprechnahdienst, Zeitschrift für das Post- und Fernmeldewesen 1976,22 ff.

Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10.Aufl. 1967.

Staudinger, J.v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. 1961.

Steinmetz, Hans, Die staats- und verfassungsrechtliche Stellung der Deutschen Bundespost, Archiv PF 1958, 1 ff.

Tettinger, Peter J., Zur Vollstreckung von Fernmeldegebühren durch die Bundespost, JA 1978,289 ff.

Ule, Karl Hermann, Verwaltungsprozeßrecht, Ein Studienbuch, 7. Aufl. 1978.

Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, Kommentar, 3. Aufl. 1978.

Wolff, Hans Julius, Verwaltungsrecht II, 1. Aufl. 1962 und 2. Aufl. 1967.

Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974.

- Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976.

- Verwaltungsrecht III, 4. Aufl. 1978.

Abkürzungsverzeichnis

Es werden die folgenden, weniger gebräuchlichen Abkürzungen Anwendung finden:

Archiv PF:	Archiv für das Post- und Fernmeldewesen
AFeB:	Amtliches Fernsprechbuch
FernmG:	Gesetz über Fernmeldeanlagen
FGV:	Fernmeldegebührenvorschriften (Anlage 3 zur FO)
FO:	Fernmeldeordnung
GEE:	Grundstückseigentümererklärung

I. Problemstellung

Fragen aus dem Fernmelderecht wird in der juristischen Literatur wenig Interesse entgegengebracht. Bedenkt man, welche tatsächliche Bedeutung dem Fernsprechdienst zukommt - immerhin hat der Bestand an Fernsprechhauptanschlüssen im Jahre 1977 16 Millionen betragen, war im Jahre 1978 auf 17,6 Millionen angestiegen und dürfte sich im Jahre 1979 vermutlich auf 19,5 Millionen erhöht haben[1] -, und welche Anzahl von Rechtsfragen in diesem Bereich auftaucht, mit deren Lösung praktisch nur die Rechtsprechung befaßt wird, so ist das nur zu bedauern.

Das Fernsprechteilnehmerverhältnis ist eine der Rechtsbeziehungen zwischen der Deutschen Bundespost und dem Benutzer ihrer Fernmeldeeinrichtungen[2], nach § 10 Abs. 1 FO ist es das zwischen der Deutschen Bundespost und dem Teilnehmer bestehende Rechtsverhältnis "über die Überlassung oder Verbindung (§ 4 Abs. 1) und Benutzung von Teilnehmereinrichtungen". Teilnehmereinrichtungen, z.B. Hauptanschlüsse und Nebenstellenanlagen[3], eröffnen den Zugang zum öffentlichen Fernsprechnetz. Kennzeichnend für den Inhalt des Fernsprechteilnehmerverhältnisses ist damit die durch die Teilnehmereinrichtungen ermöglichte Inanspruchnahme des öffentlichen Fernsprechnetzes.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen steht das Recht, Fernmeldeanlagen - das sind auch Fernsprechanlagen - zu betreiben, ausschließlich dem Bund zu. Der Bund ist also Inhaber des Fernmeldemonopols. Daß dieses alleine dem Staat zusteht, ist keineswegs selbstverständlich. So liegt etwa in den Vereinigten Staaten von Amerika und in Kanada das

---

1) Geschäftsbericht der DBP 1977 und "Der Spiegel" Nr. 11 vom 12.März 1979, S.82.
2) Weitere Benutzungsverhältnisse, wie z.B. das Telex- oder Datexverhältnis, bei Aubert S.155 und Kämmerer/Eidenmüller III B Vorbemerkung.
3) Vgl. § 4 Abs. 1 FO.

Fernmeldewesen ausschließlich in den Händen von privaten Unternehmen. Aber auch in Japan, Italien, Dänemark und Portugal sind private Unternehmen im Fernmeldewesen neben dem Staat tätig.[4]

Die eminent praktische Bedeutung des Fernsprechwesens in Verbindung mit dem Fernmeldeanlagenmonopol des Bundes verlangt deshalb eine sorgfältige Prüfung der Frage, ob die gesetzlich angeordnete Monopolstellung des Bundes nicht zu einer ungerechtfertigten Ausnutzung seiner Anbieterposition durch entsprechende Fassungen der Benutzungsbedingungen geführt hat.

Vergleichbare Fragen werden sich stellen, wenn die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses Bestimmungen enthält, die der Deutschen Bundespost Auswege aus Verpflichtungen weisen, denen Private unterliegen würden. Die Berechtigung solcher Bestimmungen wird jeweils zu prüfen sein.

Die gerichtliche Praxis wird daraufhin zu untersuchen sein, ob sie der Monopolstellung der Post und ihrem wirtschaftlichen, gewinnorientierten Vorgehen genügend Rechnung trägt, oder ob sie etwa der Post aufgrund ihres Charakters hoheitlicher Verwaltung Spielräume zugesteht, deren Zubilligung letztlich darauf beruht, daß rücksichtsvoll nur die Staatsaufgabe "Fernmeldedienst" gesehen wird, Rechte des Verbrauchers aber unbeachtet bleiben.

Ziel dieser Arbeit ist es also, weitgehend auf der Grundlage von Sachverhaltsgruppen, die die Rechtsprechung beschäftigten, kritisch zu betrachten, ob das Fernmeldeanlagenmonopol des Bundes und die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Teilnehmerverhältnisses nicht zu einer ungerechtfertigten "Entpflichtung" des Bundes benützt wird. Monopol und öffentlich-rechtliche Regelung der leistenden Verwaltung

---

4) Die Angaben sind einer Tabelle des Bundesministeriums für das Post- und Fernmeldewesen entnommen, die auf Anfrage überlassen wurde.

dürfen dem Bund keine Vorteile verschaffen, die er - würde er als Privater in gleicher Situation tätig - nicht in Anspruch nehmen könnte.

II. Gesetzliche Ausgestaltung, öffentlich-rechtliche Natur und Zustandekommen des Fernsprechteilnehmerverhältnisses

1. Das Fernmeldebenutzungsrecht ist durch Rechtsverordnungen geregelt.[1] Die wichtigste, im folgenden allein interessierende, ist die Fernmeldeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Mai 1971 (BGBl. I S. 541), zuletzt geändert durch die Zehnte Verordnung zur Änderung der Fernmeldeordnung vom 22. Dezember 1977 (BGBl. I S. 2909). Daraus, daß es sich bei ihr - ebenso wie bei ihren Ausführungsbestimmungen[2] - um ein materielles Gesetz handelt, ergeben sich einige wichtige Folgerungen. Die FO stellt keinen Verbund Allgemeiner Geschäftsbedingungen dar, der dem Benutzer in irgend einer Art individuell und konkret bekannt gegeben werden müßte. Vielmehr müssen die fernmelderechtlichen Vorschriften auch diejenigen Benutzer gegen sich gelten lassen, die von ihrem Erlaß und ihrem Inhalt tatsächlich keine Kenntnis erhalten haben.[3] Ausserdem binden sie nicht nur den Benutzer, sondern auch die DBP. Vereinbarungen, die von den Regelungen der FO abweichen, sind deshalb unzulässig. Individualinteressen können keine Berücksichtigung finden. Es besteht kein Aushandlungsspielraum.

Als Rechtsverordnung muß die FO, um selbst rechtsgültig zu sein, durch eine Ermächtigungsnorm gedeckt sein, die ihrerseits den Anforderungen des Art. 80 GG genügen muß. Diese Ermächtigungsgrundlage ist § 14 PostVerwG.

Lange Zeit war heftig umstritten, ob § 14 PostVerwG als wirksame Ermächtigung gelten kann[4]. So wurde insbesondere vorge-

---

1) Zusammenstellung bei Aubert S.7.
2) BVerwG MDR 1973,1050 = Archiv PF 1974,425 = Archiv PF 1977, 56; BGH LM FsprO Nr.5; LVG Hamburg Archiv PF 1959,123.
3) VGH Baden-Württemberg ESVGH 15,133; OLG München NJW 1960, 1526.
4) Hier soll nun nicht die weitreichende Problematik des Art. 80 GG mit Bezug auf § 14 PostVerwG im einzelnen diskutiert werden. Wegen der Einzelheiten muß auf die zu dieser Frage

bracht, das Postverwaltungsgesetz sei ohne die Zustimmung des Bundesrates ergangen und verstoße daher gegen Art. 80 Abs. 2 GG.[5] Dieser Streit fand aber mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Februar 1970[6] ein Ende. Das Bundesverfassungsgericht schloß aus den Umständen bei der Beratung und Beschlußfassung des Bundesrates über das Postverwaltungsgesetz auf eine Zustimmungserteilung, welche nach der Geschäftsordnung des Bundesrates vom 8. September 1950 - anders als nach § 30 der Geschäftsordnung vom 1. Juli 1966 - noch an keine bestimmte Form gebunden war. § 14 PostVerwG ist also eine wirksame Ermächtigungsnorm für den Erlaß von Benutzungsverordnungen.

2. Während es noch zu Beginn der Dreißigerjahre der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts entsprach, alle postalischen Tätigkeiten dem bürgerlich-rechtlichen Bereich zuzuordnen[7], ist es heute absolut herrschende Ansicht, daß das Fernsprechbenutzungsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur ist.[8]

Das ist zutreffend, weil von einer Gleichordnung der Beteiligten keine Rede sein kann, wenn bereits der DBP die Befug-

---

ergangene Rechtsprechung und die einschlägige Literatur verwiesen werden. Die Wirksamkeit des § 14 PostVerWGbejahten: BVerwGE 28,36ff (st.Rspr. des BVerwG); VG Frankfurt Archiv PF 1969,643 und 1970,320; VG Darmstadt Archiv PF 1970,92; VG Düsseldorf Archiv PF 1969,633; OVG Hamburg Archiv PF 1969,644; Schmidt DÖV 1964,760ff und Maunz Archiv PF 1968,541ff (Rechtsgutachten), ebenso Kämmerer DVBl 1965,217. Die Wirksamkeit verneinten: VG Kassel Archiv PF 1969,638; Jecht DÖV 1964,544ff und besonders Bettermann BB 1965,65ff.

5) Zur Zustimmungsbedürftigkeit der "anderweitige(n) bundesgesetzliche(n) Regelung" des Art. 80 Abs.2 GG vgl. Maunz in Maunz/Dürig/Herzog GG Art.80 Rdnr.68.

6) BVerfGE 28,66ff.

7) Vgl. RGZ 126,32 und 139,151. Zur geschichtlichen Entwicklung der rechtlichen Beurteilung des Postbenutzungsverhältnisses: Kämmerer/Eidenmüller Einleitung S. XXIV ff.

8) Statt vieler: Aubert S.2; Kämmerer/Eidenmüller III B Vorbem.; bereits RGZ 155,335. BGHZ 39,36 m.w.N.

nis zukommt, durch Rechtsverordnungen allgemeinverbindlich den Inhalt der Beziehungen zwischen der DPB und dem Fernsprechteilnehmer zu regeln.[9] Zahlreiche Bestimmungen der FO, so z.B. die §§ 2 Abs. 3 S. 3, 5 Abs. 5, 13, 20 und 52, machen im übrigen deutlich, daß das Interesse des einzelnen Teilnehmers gegenüber dem Interesse der DBP an einer möglichst reibungslosen, störungsunanfälligen Abwicklung des Fernsprechdienstes zurückzutreten hat.

Rechnet man ein Rechtsverhältnis dann dem Öffentlichen Recht zu, wenn die Rechtsnormen, die es reglementieren, sich mindestens auf der einen Seite des durch sie geregelten Rechtsverhältnisses ausschließlich an einen Träger öffentlicher Gewalt wenden[10], so ergibt sich ebenfalls zwingend die Zuordnung des Fernsprechbenutzungsverhältnisses zum Öffentlichen Recht. Denn die DBP, die notwendigerweise[11] die eine Seite des Benutzungsverhältnisses darstellt, ist Trägerin öffentlicher Gewalt.

3. Die weitere dogmatische Einordnung des öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses fällt nicht ganz so leicht. Sicher ist, daß es sich nicht um ein Anstaltsnutzungsverhältnis handelt. Denn die DBP ist keine öffentlich-rechtliche Anstalt[12], da sie nach Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG als unmittelbare Bundesverwaltung zu führen ist und nach ihrer Konstruktion nicht aus dem Muttergemeinwesen Bundesrepublik Deutschland ausgegliedert ist.[13]

---

9) Vgl. § 14 PostVerwG.
10) Modifizierte Subjektstheorie von Hans Julius Wolff AöR Bd 76,205 und Verwaltungsrecht I, 9. Aufl.,1974, S.99.
11) § 1 FernmG.
12) So aber noch Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1.Bd, 2.Aufl.1952, S.116 und Wolff, Verwaltungsrecht II, 1. Aufl.1962,S.256, aber bereits anders ab 2.Aufl.1967, S. 304.
13) Im einzelnen: Steinmetz Archiv PF 1958, 1ff und Kämmerer Archiv 1958,20ff, DVBl 1966,357ff und 396ff und DVBl 1974, 273. Ebenso Forsthoff Verwaltungsrecht I, 10.Aufl.1973, S.496f; Wolff/Bachof Verwaltungsrecht II, 4.Aufl.1976, § 98 I b4.

Das Reichsgericht[14] betrachtet das Fernsprechbenutzungsverhältnis als öffentlich-rechtlichen Vertrag.[15] Die neuere Lehre ist anderer Ansicht.[16] Es soll ein eigenständiges öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis vorliegen.

Das Teilnehmerverhältnis, das für den Benutzer eine ständige Verbindung technischer Art mit dem öffentlichen Fernmeldenetz der DBP bedeutet[17], wird nach § 11 Abs. 3 S. 2 FO "durch die Bestätigung der Annahme des Antrags... begründet". Da die Bestätigung der Annahme des Antrags unmittelbar rechtswirksam das Teilnehmerverhältnis entstehen läßt, kann sie als eine von der DBP getroffene Einzelfallentscheidung als ein Verwaltungsakt angesehen werden.[18] Die Alternative zum Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ist also das Zustandekommen des Benutzungsverhältnisses durch einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt. Denn allein die Mitwirkung des Antragstellers ist kein untrügliches Zeichen für einen Vertragsschluß zwischen der DBP und dem Teilnehmer[19], da im Bereich der leistenden Verwaltung die Verwaltungstätigkeit häufig erst durch einen Antrag des Interessenten in Gang ge-

---

14) Vgl. etwa RGZ 155,333. Aber wohl auch LG Berlin Archiv PF 1962,336.

15) Nach BGHZ 39,36 ist das Fernsprechteilnehmerverhältnis ein "besonders gestaltetes, nur mietähnliches, nach neuerer Ansicht öffentlich-rechtliches Wiederkehrschuldverhältnis". Der BGH beruft sich auf Jaeger KO 8.Aufl. § 19 Anm.3 a.E. und 3b, § 59 Anm.9 und § 121 Anm.9; Mentzel/Kuhn KO 7.Aufl. § 19 Anm.3; Böhle/Stamschräder KO 6.Aufl. § 19 Anm.2 und 4 und Aubert 2.Aufl. S.202.

16) Vgl. etwa Aubert S.187; Kämmerer/Eidenmüller Einleitung S. XXXII f.

17) Zum Einzelnutzungsverhältnis, das die fallweise Inanspruchnahme der Fernsprecheinrichtungen der DBP meint und das antragsfrei ist (es wird durch tatsächliches Gebrauchen der Fernsprecheinrichtungen, die dafür vorgesehen sind wie z.B. öffentliche Fernsprecher, begründet), vgl. Aubert S. 155ff; Kämmerer/Eidenmüller Einleitung S. XXXff und III B Vorbem. Anm.2; Jauernig NJW 1972, 1 ff und für die Postbenutzung: BVerwG NJW 1977,162.

18) Vgl. § 35 VwVfG, dessen Inhalt trotz § 2 Abs. 3 Nr. 4 VwVfG Maßstab für die Beurteilung des Handelns der DBP ist, da sein materieller Inhalt über das Verwaltungsverfahrensgesetz hinausreicht.

19) Vgl. BVerwGE 25,78.

setzt wird. Das Problem liegt also in der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages zum mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt.

Für diese Abgrenzung soll es wesentlich darauf ankommen, "ob die begründeten Rechte und Pflichten, also der Inhalt des Rechtsgeschäfts, auf dem übereinstimmenden Willen (der Parteien) beruhen... Beim verwaltungsrechtlichen Vertrag geht es gerade darum, die Zivilperson schon an der Festlegung des Inhalts des Rechtsverhältnisses zu beteiligen."[20] Freilich soll auch hier wie im Privatbereich die tatsächliche Bestimmungsmacht eines Partners und die Unterwerfung des anderen unter dessen Bedingungen der Annahme eines Vertrages nicht entgegenstehen[21].

Unterwirft sich nun der Teilnehmer "Vertrags"-Bedingungen der DBP? Man muß davon ausgehen, daß der gesamte Inhalt der Rechtsbeziehung "Teilnehmerverhältnis" bindend durch Rechtsverordnungen festgesetzt ist. Es bleibt für die Beteiligten keinerlei Aushandlungsspielraum. Ein Teilnehmerverhältnis kann entweder so begründet und ausgestaltet werden, wie es die FO vorsieht, oder gar nicht zustande kommen. Allein das "Ob", aber nicht das "Wie" steht in der Bestimmungsmacht der Beteiligten. Um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag bejahen zu können, müßte aber wenigstens im Grundsatz die Möglichkeit inhaltlicher Gestaltung gegeben sein. Ob diese dann tatsächlich wahrgenommen werden kann, ist eine andere Frage. Besteht aber generell schon gar keine Gestaltungsmöglichkeit, kann ein verwaltungsrechtlicher Vertrag auch nicht angenommen werden.

Vielmehr ist das die typische Situation, die dem Erlaß eines mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes zugrunde liegt. Der Staatswille hat das Übergewicht. Der Interessent hat ledig-

---

20) Wolff/Bachof I, 9.Aufl.1974, § 44 IIa 2; entspr. Stelkens, VwVfG, § 54 Rdnr.18.
21) Wolff/Bachof aaO.

lich Einfluß darauf, ob der Verwaltungsakt ergeht.[22] So schließt hier also inhaltliches Vorbestimmtsein ohne Gestaltungsspielraum die Annahme eines Vertragsschlusses aus, da diese Fälle typischerweise zum Erlaß mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakte führen. Weil das Öffentliche Recht die Begründung von Rechtsverhältnissen durch mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte kennt, schließt bindendes inhaltliches Vorbestimmtsein einer Rechtsbeziehung die Annahme eines Vertragsschlusses aus.

Das Fernsprechteilnehmerverhältnis ist also ein eigenständiges, öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis. Es wird durch den Erlaß eines mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes, nämlich durch die Bestätigung der Annahme des Antrages, begründet[23] und bringt damit zwischen Teilnehmer und DBP besondere Rechte und Pflichten zur Entstehung.

Die Klassifizierung des Fernsprechteilnehmerverhältnisses als öffentlich-rechtlicher Vertrag konnte abgelehnt werden, weil das Öffentliche Recht mit der Figur des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes eine Konstruktion bietet, die den Umständen des Zustandekommens des Teilnehmerverhältnisses am ehesten gerecht wird. Im Zivilrecht gibt es nichts Vergleichbares. Auch wenn eine bestimmte Vertragsgestaltung einseitig diktiert wurde, muß Vertragsrecht Anwendung finden. Das ist dann aber der Bereich, in dem die Entwicklung des Verbraucherschutzes zur Herausbildung besonderer Kriterien geführt hat, die dem Schutz der unterlegenen Partei dienen sollen. Diese Kriterien werden gegebenenfalls auch auf die durch mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt zustande gekommene Rechtsbeziehung DBP - Teilnehmer anzuwenden sein. Denn es kann nicht überzeugen, wenn nur deshalb, weil sich im hoheitlichen Bereich ein "Vertragsersatz" anbietet, bei gleicher Interessenlage unterschiedliche Maßstäbe gelten sollen.

---

22) OVG Münster DÖV 1967,272 unter Berufung auf Eyermann/Fröhler, VwGO, 4.Aufl., § 42 Rdnr.59; entspr. auch in der 7.Aufl.
23) Im Ergebnis ebenso Aubert S.157.

III. Der Anschluß an das öffentliche Fernsprechnetz

1. §§ 7 und 8 FernmG. Lokalnetz

Mit der Frage, in welchem Umfang die DBP verpflichtet ist, ihre Einrichtungen der Allgemeinheit zur Verfügung zu stellen, beschäftigen sich die §§ 7 und 8 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen[1]. Ausgehend von § 1 FernmG, wonach - von wenigen Ausnahmen abgesehen (§ 3 FernmG) - dem Bund das ausschließliche Recht zusteht, Fernmeldeanlagen zu errichten und zu betreiben, ist es nur folgerichtig, wenn die DBP grundsätzlich zur Zulassung und Anschließung verpflichtet ist. Nach § 7 Abs. 1 FernmG ist die Zulassung zur Einzelnutzung deshalb nur an die Zahlung der Gebühr geknüpft.

Die Zulassung zur Dauernutzung dagegen hat unter engeren Voraussetzungen zu erfolgen. So bestimmt § 8 FernmG, daß jeder Eigentümer eines Grundstücks gegen die Erfüllung der von der DBP zu erlassenden Bedingungen den Anschluß an das Lokalnetz verlangen kann.

Der Grundstückseigentümer hat also nur darauf einen Anspruch, an das öffentliche Fernsprechnetz <u>seines</u> Ortes angeschlossen zu werden[2], dessen Abgrenzung nach § 2 Abs. 3 S. 2 FO die DBP bestimmt. Orte und Ortsteile gehören grundsätzlich zu dem Ortsnetzbereich, dessen Vermittlungsstelle ihnen in der Luftlinie am nächsten liegt.[3] Zwar sieht § 5 Abs. 2 S. 2 FO vor, daß Einzelanschlüsse an ein anderes Ortsnetz angeschlossen werden können, wenn und solange die technischen Voraussetzungen dazu gegeben sind und ein dringendes Bedürfnis nachgewiesen wird.[4] Auf die Überlassung solcher Ausnahmehauptanschlüsse besteht aber kein Anspruch. Dies folgt bereits aus § 8 FernmG und wird in § 5 Abs. 2 S. 3 FO noch einmal klargestellt.

---

1) Im folgenden: FernmG.
2) Aubert S. 20.
3) Kämmerer/Eidenmüller § 8 FAG Anm.6.
4) Kämmerer/Eidenmüller § 8 FAG Anm.6.

2. Ansprüche der nicht dinglich Berechtigten

Wenn § 8 FernmG nach seinem Wortlaut nur dem Grundstückseigentümer einen Anspruch auf Anschluß an das Ortsnetz gewährt, so bedarf das näherer Überprüfung. Denn sollte das etwa bedeuten, daß z.B. Mieter oder Pächter weniger berechtigt wären, an das öffentliche Fernmeldenetz angeschlossen zu werden? Telefonanschluß als Vorrecht der Grundeigentümer? Daß das so nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand.

Als das FernmG 1928 erlassen wurde, war noch nicht hinreichend geklärt, inwieweit die privatrechtlichen Beziehungen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem nicht dinglich Berechtigten überhaupt einen Anschluß des letzteren an das öffentliche Fernmeldenetz zuließen.[5] Denn auf dem Grundstück mußten und müssen möglicherweise erhebliche Eingriffe erfolgen, wie etwa Kabelverlegungen, die unter Umständen als für den Eigentümer nicht zumutbar angesehen werden konnten.

Da das Telegraphenwegegesetz der DBP nicht das Recht gab und gibt, kraft Gesetzes Privatgrundstücke zur Unterbringung ihrer Fernmeldeanlagen in Anspruch zu nehmen - von Kreuzungen im Luftraum abgesehen (§ 12 TelwegG) -, mußte und muß der dinglich Berechtigte der Inanspruchnahme seines Grundstückes zustimmen, was seit jeher durch die Abgabe der sogenannten Grundstückseigentümererklärung[6] geschieht.

Solange man also davon ausging, daß die zur Errichtung der Fernmeldeanlage erforderlichen Maßnahmen für den Grundstückseigentümer unzumutbar sein könnten, von ihm deshalb auch eine Abgabe der Grundstückseigentümererklärung nicht erwartet werden könne, durfte man dem Mieter oder Pächter auch keinen Anspruch auf Anschluß an das öffentliche Fernmeldenetz zugestehen. Dieser Anspruch wäre nämlich wertlos, weil nicht durchsetzbar, gewesen. Immerhin entschied noch 1958 das LG Nürn-

---

5) Vgl. Aubert S. 20f.
6) Dazu unten III. 3.

berg-Fürth[7], daß die Abgabe der Grundstückseigentümererklärung für den Vermieter nicht zumutbar sei, weil die Übernahme einer Verpflichtung, die den Vermieter noch lange nach dem Auszug des Miters belasten würde, "bei rechtsstaatlichem Denken unvorstellbar" sei. Diese Entscheidung wurde zu Recht einhellig abgelehnt[8], da sie die dem Grundstückseigentümer auferlegten Duldungspflichten über- und die Interessen des Mieters unterbewertete.

Heute ist anerkannt, daß auch jeder Mieter und Pächter einen Anspruch auf Anschluß an das allgemeine Fernmeldenetz hat.[9] Wenn das BVerwG dies in seinem Beschluß vom 4. Dezember 1970[10] damit begründet, daß "die Träger öffentlich-rechtlicher Monopole einem Zulassungszwang auch dann unterliegen, wenn das im Gesetz nicht ausdrücklich angeordnet ist", daß also dem aus § 1 FernmG folgenden Benutzungszwang eine Zulassungspflicht des Leistungsträgers entspricht, so wird diese Ansicht[11] nur der öffentlich-rechtlichen Seite des Problems gerecht.

Weiter muß nämlich noch berücksichtigt werden, daß es der allgemeinen Entwicklung entspricht, daß zum "Gebrauch" einer Wohnung[12] oder eines Geschäftslokals[13] üblicherweise deren Anschluß an das öffentliche Fernmeldenetz gehört. Die tatsächliche Entwicklung des Telefons zum Massenkommunikationsmittel führte also dazu, daß privatrechtlich vom Vermieter oder Verpächter verlangt werden kann, alles zu tun, um einen Fernsprechanschluß zu ermöglichen.[14] Damit wird nichts Unzu-

---

7) NJW 1959,1639f.
8) Vgl.besond.d.Anm.v.Aubert in NJW 1959,1639ff.
9) Palandt/Putzo, § 535 Anm.2a)bb); Soergel/Mezger, §§ 535-536 Rdnr.96; Kämmerer/Eidenmüller,§ 8 FAG Anm.4. Weitere Nachweise zur Rechtsprechung bei Aubert NJW 1959,1640.
10) BVerwGE 36,352 = NJW 1971,532 = DÖV 1971,385 = DVBl 1971, 189 = BB 1971,547 = Archiv PF 1971, 189.
11) So auch Aubert S.21.
12) LG Hamburg MDR 1963,929 u. OLG Köln MDR 1968,763.
13) LVG Hamburg Archiv PF 1958,381: Anschluß ist "lebenswichtig".
14) Kämmerer/Eidenmüller § 8 FAG Anm.4.

mutbares von ihm verlangt. Die Beschränkungen seines Eigentums halten sich im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2, Abs. 1 S. 2 GG). Der technische Fortschritt führt dazu, daß die zu duldenden Einrichtungen immer weniger belastend sind. Außerdem besteht ein Kündigungsrecht, welches allerdings ruht, solange sich ein Anschluß an das Fernmeldenetz der DBP auf dem Grundstück befindet.[15]

Mieter und Pächter können also vom Vertragspartner verlangen, daß er alles tut, um einen Fernsprechanschluß zu ermöglichen. Damit ist dann aber die Grundlage geschaffen, daß die DBP aufgrund ihres Fernmeldemonopols verpflichtet wird, auch diese an das öffentliche Fernsprechnetz anzuschließen. Entsprechend differenziert der einschlägige § 11 FO auch nicht zwischen Eigentümer und Mieter, bzw. Pächter für die Begründung von Teilnehmerverhältnissen, sondern spricht nur vom Teilnehmer oder Antragsteller.

3. Die Grundstückseigentümererklärung

a) Bedeutung und Inhalt

Nach § 8 FernmG kann man verlangen, gegen die Erfüllung der Bedingungen der DBP an das Ortsnetz angeschlossen zu werden. § 11 FO normiert diese Anschlußvoraussetzungen: Nach § 11 Abs. 3 FO ist die Neuanschließung bei der DBP schriftlich unter Verwendung des amtlich vorgeschriebenen Formblatts zu beantragen. Außerdem hat der Antragsteller, sofern das Grundstück noch nicht an das öffentliche Netz angeschlossen ist, nach § 11 Abs. 4 FO die sogenannte Grundstückseigentümererklärung[1] beizubringen. Liegt das anzuschließende Grundstück nicht an einem öffentlichen Weg, so hat der Antragsteller auch für alle fremden Grundstücke, die die DBP für ihre

---

15) Vgl. Grundstückseigentümererklärung.
1) Im folgenden: GEE.

Anschließung benutzen muß, die GEE beizubringen.[2] Die DBP stellt eine Gegenerklärung aus.

Erfüllt der Antragsteller die Verpflichtung zur Beibringung der GEE nicht, so kann die DBP den Antrag auf Neuanschliessung ablehnen. Der Antragsteller muß also notfalls die sich weigernden Grundstückseigentümer auf Abgabe der GEE verklagen. Liegt der DBP die GEE aber vor, und weigert der Eigentümer sich dennoch, die DBP die Anschließungsarbeiten ausführen zu lassen, so ist es Sache der DBP, den Eigentümer auf Duldung zu verklagen. Denn der Antragsteller hat die Anschließungsvoraussetzungen erfüllt. Die DBP ist verpflichtet, ihn anzuschließen, und muß zusehen, wie sie ihre Rechte, die ihr aufgrund der abgegebenen GEE zustehen, gegenüber dem Grundstückseigentümer durchsetzen kann.[3]

Der Wortlaut der GEE und der Gegenerklärung der DBP ist in den Anlagen 1 und 2 der FO vorgeschrieben. Diese Anlagen sind Bestandteil der FO. Das ergibt sich aus der ausdrücklichen Bezugnahme in § 11 Abs. 4 FO und der Verkündung im BGBl. I 1971 S. 562f. Als Teil der FO sind die Inhalte dieser Erklärungen damit materielles Gesetz und deshalb bindend für den Grundstückseigentümer und die DBP. Das hat für die Einordnung der Rechtsbeziehung Grundstückseigentümer - DBP (vgl. unten III.3.b), aber auch für die Einordnung der Haftung der DBP aufgrund der GEE (vgl. unten VI. 1. a.E.) entscheidende Bedeutung.

Nach der Anlage 1 erklärt sich der Grundstückseigentümer damit einverstanden, daß die DBP auf seinem "Grundstück sowie an und in den darauf befindlichen Gebäuden alle die Vorrich-

---

2) Vom Eigentümer des fremden Grundstücks, welches nicht angeschlossen, sondern nur zur Anschließung des anderen Grundstücks herangezogen werden muß, kann die GEE nach h. M., vgl. Aubert S. 196 m.w.N., aufgrund des § 917 BGB im Rahmen des Notweganspruchs gegen Zahlung einer Geldrente verlangt werden.

3) Vgl. Aubert S.189 f.

tungen (Gestänge, Stützen, Kabel nebst Zubehör usw.) anbringt, die zur Einrichtung von Anschlüssen an ihr Fernmeldenetz auf dem Grundstück und in den darauf befindlichen Gebäuden, zur Einführung von Leitungen sowie zur Herstellung, Instandhaltung und Erweiterung ihres Fernmeldenetzes erforderlich sind". Dadurch werden für die DBP Befugnisse geschaffen, die § 1 Telegraphenwegegesetz ergänzen. Denn nach § 1 Telegraphenwegegesetz ist die DBP nur befugt, die Verkehrswege unter Einschluß des Luftraumes und des Erdkörpers für ihre zu öffentlichen Zwecken dienenden Fernsprechlinien zu benutzen. Es leuchtet ein, daß öffentliche Wege, Plätze, Brücken und öffentliche Gewässer nebst deren dem öffentlichen Gebrauch dienenden Ufern (§ 1 S. 2 TelegraphenwegeG) nicht alle Fernmeldeeinrichtungen aufnehmen können. Hier helfen dann die Rechte der DBP aus GEE und Gegenerklärung.

Außerdem werden in der GEE und der Gegenerklärung die Haftung der DBP für bestimmte Beschädigungen, Fragen der Kündigung und die Verantwortlichkeit des Anschlußinhabers für Ausbesserungsarbeiten, die in den Innenräumen infolge der Herstellung, Instandhaltung, Änderung oder Aufhebung von Fernmeldeeinrichtungen erforderlich werden, geregelt. Die Gegenerklärung der DBP bestätigt weithin wörtlich der GEE entsprechend die Haftungs- und Kündigungsregeln.

Die DBP kann also neben den Vorrichtungen, die dem Anschluß des Grundstücks an das Fernmeldenetz dienen, sehrwohl auf dem Grundstück auch Vorrichtungen anbringen, die nicht dazu bestimmt sind, den Fernsprecheinrichtungen des Grundstücks unmittelbar zu dienen, sondern vielmehr allgemein den Ausbau des Fernmeldenetzes ermöglichen.

Vorrichtungen in diesem Sinne sind alle Anlagen, die für die Herstellung, Instandhaltung und Erweiterung des Fernmeldenetzes erforderlich sind, also nicht nur die beispielhaft genannten Gestänge, Stützen und Kabel nebst Zubehör, sondern auch etwa ein Kabelschacht, der der Aufnahme und dem Schutz

eines Abzweigkastens zur Aufteilung eines Fernsprechanschlußkabels dienen soll.[4] Diese Vorrichtungen können über und unter der Erdoberfläche hergestellt werden.[5]

Grundsätzlich steht der DBP ein Wahlrecht zu bezüglich der Art und Weise der Einrichtungsverlegung.[6] Unzumutbare Beeinträchtigungen des Eigentümers muß die DBP bei der Ausübung ihres Wahlrechts allerdings unterlassen. Das führt dazu, daß allgemein dem Ausbau des Fernmeldenetzes dienende Vorrichtungen, die ohne Mehraufwand auf oder in einem öffentlichen Weg untergebracht werden können, auch dort untergebracht werden müssen. Eine Belastung des Privateigentümers wäre unzulässig. Das bedeutet, daß auch dann, wenn der DBP finanziell gleichwertige Möglichkeiten der Unterbringung zur Verfügung stehen, der Unterbringung auf öffentlichen Wegen jedenfalls dann der Vorzug zu geben ist, wenn es sich um Vorrichtungen handelt, die allgemein dem Ausbau des Fernmeldenetzes dienen. Die Ansicht, die DBP habe stets ein unbeschränktes Wahlrecht bei finanziell gleichwertigen Möglichkeiten[7], überzeugt in dieser Allgemeinheit nicht.

Dieses Gebot der Rücksichtnahme auf den Partner ist unabhängig davon, ob man die Rechtsbeziehung aus GEE und Gegenerklärung dem Öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuordnet. Ordnet man sie dem Öffentlichen Recht zu, hat die DBP bei ihrem Handeln die sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes[8] zu beachten. Beurteilt man die Rechtsbeziehung privatrechtlich, ergeben sich die gleichen Grundsätze aus § 242 BGB, der Maßstab für die Ausgestaltung vertraglicher Pflichten ist.[9]

---

4) KG Archiv PF 1967,319 ff.
5) KG aaO S.321.
6) LG Aachen Archiv PF 1958,386 und LG Düsseldorf Archiv PF 1966,74.
7) So LG Düsseldorf Archiv PF 1966,74.
8) Dazu grundsätzlich BVerfGE 23,133.
9) Vgl. KG Archiv PF 1967,32. Aubert verweist in seiner Anm. zum Urt. d. KG in Archiv PF 1967,322 auf den Rechtsgedanken des § 1020 S.1 BGB.

Den weitreichenden Befugnissen der DBP, ein Privatgrundstück, dessen Eigentümer die GEE abgegeben hat, zum Ausbau des Fernmeldenetzes in Anspruch zu nehmen, kann sich der Grundstückseigentümer nur durch Kündigung zum 1. April oder 1. Oktober entziehen, und auch dies nicht, solange sich auf dem Grundstück ein Anschluß an das Fernmeldenetz der DBP befindet, weil dann das Kündigungsrecht ruht.

Der Grundstückseigentümer hat also nur die Wahl zwischen einem Anschluß seines Grundstücks an das Fernmeldenetz unter gleichzeitiger Zurverfügungstellung des Grundstücks für allgemein dienliche Fernmeldeanlagen und einem gänzlichen Verzicht auf Anschluß des Grundstücks. Die weitreichende Verpflichtung gegenüber der DBP steht nicht im Widerspruch zur Verpflichtung des Grundeigentümers gegenüber dem Mieter oder Pächter des Grundstücks, auf dessen Verlangen die GEE abzugeben. Denn schuldrechtlich ist der Vermieter oder Verpächter verpflichtet, alles zu tun, damit seinem Vertragspartner ein Fernsprechanschluß eingerichtet werden kann. Das erfordert nach der gesetzlichen Regelung die Abgabe der GEE. Diese wiederum ist von Gesetzes wegen mit bestimmten Rechtsfolgen versehen. Der Anspruch des Mieters ist in seiner Rechtsfolge also bereits vom Gesetzgeber so ausgestaltet, daß die Einbeziehung des Interesses eines geordneten, der Allgemeinheit dienenden Fernmeldeverkehrs[10] gewährleistet ist. Im Interesse des Fernmeldeverkehrs ist damit bereits der Anspruch des Mieters umfassender ausgestaltet, als das zur Verwirklichung allein seiner Interessen nötig wäre.

Darin liegt keine unverhältnismäßige Benachteiligung des Eigentümers. Zum einen hat er den Vorteil, daß sein Grundstück an das öffentliche Fernmeldenetz angeschlossen ist. Dafür kann von ihm auch ein gewisses Entgegenkommen verlangt werden. Zum anderen sind die "Vorrichtungen", die die DBP gegebenenfalls anzubringen berechtigt ist, aufgrund der techni-

---

10) Vgl. Aubert S.191.

schen Entwicklung immer weniger beeinträchtigend. Außerdem besteht die Instandsetzungsverpflichtung der DBP nach einer Beschädigung des Grundstücks oder des Gebäudes. Und schließlich stehen die Rechte der DBP unter dem Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen des Eigentümers.

b) Dogmatische Einordnung

Ungeklärt ist die dogmatische Einordnung der sich nach Abgabe der GEE und Ausstellung der Gegenerklärung ergebenden Rechtsbeziehung. Nach h.M. ist sie privatrechtlicher Natur.[11]

Denn die GEE sei nicht vom Grundstückseigentümer, sondern vom Antragsteller beizubringen. Wenn dieser - wie im Regelfall - Mieter sei, könne nur er den Grundstückseigentümer mit Erfolgsaussichten auf Abgabe der GEE verklagen. Der DBP fehle insoweit eine Anspruchsgrundlage. Die durch die GEE und die Gegenerklärung begründeten Rechtsbeziehungen entstünden daher nur durch die Vermittlung des Antragstellers (Mieters) oder aber aufgrund eines freiwilligen Entschlusses des Eigentümers selbst. DBP und Grundstückseigentümer stünden sich also rechtlich gleichgeordnet gegenüber. Infolgedessen könne nur ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag zustandekommen.[12] Dieser stelle eine mietvertragsähnliche Vereinbarung dar, in der der Vermieter (=Eigentümer) dem Mieter (= der DBP) gestattet, gegen Beseitigung der Schäden, die am Grundstück oder an den Gebäuden durch bestimmte fernmeldetechnische Vorrichtungen eingetreten sind, das Grundstück für Fernmeldeanlagen in Anspruch zu nehmen.[13]

Gegen diese Auffassung bestehen aber ganz erhebliche Bedenken.[14] Einmal ist es fraglich, warum die Beziehungen DBP -

---

11) Vgl. Aubert S.190 m.w.N.; LG Düsseldorf Archiv PF 1966, 74; KG Archiv PF 1967,319.
12) KG Urteil v. 9.10.1970. In Jahrbuch des elektr.Fernmeldewesens 1973,274 zustimmend zitiert von Klingler/Mahler/Müller-Using.
13) Aubert S.190.
14) Grundsätzl. zweifelnd auch Kämmerer/Eidenmüller § 8 FAG Anm.5.

Grundstückseigentümer privatrechtlicher, zum anderen, weshalb sie vertraglicher Art sein sollen.

Damit, daß diese Rechtsbeziehungen durch die Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruchs "vermittelt" werden, bzw. damit, daß sie auf einem freiwilligen Entschluß des Eigentümers beruhen, läßt sich ein privatrechtlicher Charakter der Beziehungen nicht begründen. Einmal wird nicht berücksichtigt, daß die Rechtsbeziehungen Mieter - Vermieter und DBP - Grundstückseigentümer völlig selbständig sind und deshalb sehr wohl verschiedenen Charakter haben können, was durch eine "Vermittlung" nicht berührt wird.

Zum anderen aber ist ein freiwilliger Entschluß Privater, ein Rechtsverhältnis mit Hoheitsträgern zu begründen, niemals ein hinreichendes Argument, den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Rechtsbeziehung zu verneinen. Dieses Argument reicht nicht aus, eine Gleichordnung der Beteiligten im Sinne der Subjektionstheorie zu begründen. Es wird offensichtlich übersehen, daß besonders im Bereich der leistenden Verwaltung in aller Regel die Rechtsbeziehungen zwischen Bürger und Verwaltung durch den interessierten Bürger in die Wege geleitet werden.

Wenn dann noch die Rechtsbeziehung zwischen Grundstückseigentümer und DBP als (privatrechtlicher) Mietvertrag bezeichnet wird, bei dem der Gebrauchsüberlassung als synallagmatische Gegenleistung ("Mietzins") die "Bereiterklärung der Post" gegenübersteht, "etwa eingetretene Schäden an dem Grundstück oder an den Gebäuden... zu beseitigen"[15], fällt ein gedankliches Nachvollziehen der Argumentation sehr schwer. Hier werden vertragliche Nebenpflichten des Mieters zur synallagmatischen Hauptpflicht erklärt, was wahrscheinlich deshalb zu geschehen hat, damit ein Mietvertrag überhaupt konstruierbar wird.

---

15) Aubert S.190.

Ein Blick auf den gesetzlich vorgegebenen Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen der DBP und dem Eigentümer beweist vielmehr das Gegenteil von Gleichordnung: Gegen eine - eigentlich selbstverständliche - Wiederinstandsetzungsverpflichtung der DBP stellt der Eigentümer sein Grundstück für Fernmeldeanlagen zur Verfügung, die unter Umständen nicht einmal ausschließlich ihm, sondern dem allgemeinen Fernmeldenetz dienen. Dieses Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung ist gesetzlich fixiert.

Bezeichnend ist auch der Hinweis von Aubert[16], "daß die DBP mit den in der GEE enthaltenen Forderungen keineswegs ihr Ausschließlichkeitsrecht auf dem Gebiet des Fernmeldewesens mißbraucht, sondern daß diese Bedingungen im Interesse eines geordneten Fernmeldeverkehrs eine unbedingte Notwendigkeit darstellen".

Die einfachste und klarste Antwort auf die Frage der Zuordnung gibt aber die modifizierte Subjektstheorie, wonach ein Rechtsverhältnis dann öffentlich-rechtlicher Natur ist, wenn der Rechtssatz, durch den es geregelt wird, öffentlich-rechtlich ist. Das ist dann der Fall, wenn sich die Norm zumindest auf der einen Seite des geregelten Rechtsverhältnisses ausschließlich an einen Träger öffentlicher Gewalt wendet.[17] Nach § 11 Abs. 4 FO hat der Grundstückseigentümer eine Erklärung abzugeben, deren Wortlaut in der Anlage 1 zur FO, also in Rechtsverordnungsform, genau vorgeschrieben ist. Die Gegenerklärung der DBP ist in der Anlage 2 zur FO ebenfalls im Wortlaut festgelegt. Die Rechtsbeziehung zwischen der DBP und dem Eigentümer ist also vollständig materiellgesetzlich normiert. Da die FO dem Öffentlichen Recht zuzuordnen ist, weil die eine Seite des durch sie geregelten Rechtsverhältnisses notwendigerweise die DBP ist, muß also auch die fragliche Rechtsbeziehung öffentlich-rechtlicher Natur sein. Ein privatrechtlicher Charakter läßt sich folglich mit keiner der

---

16) S. 191 m.w.N. zur Rechtsprechung.
17) H.J.Wolff oben II 2. Fußnote 10.

wichtigsten Abgrenzungstheorien begründen.

Berücksichtigt man noch, daß die Gegenerklärung wörtlich weitgehend der GEE entspricht, und daß in der GEE der Eigentümer erklärt, daß unter anderem die DBP zu bestimmten Instandsetzungsmaßnahmen verpflichtet ist, so erscheinen Zweifel an einer privatrechtlichen Vereinbarung endgültig als berechtigt. Allein dem Text der GEE nach sind ja bereits kraft Gesetzes Eigentümer und DBP verpflichtet. Die Gegenerklärung der DBP enthält nur eine Bestätigung dieser Situation.[18]

Die Zuordnung ist darüber hinaus auch von praktischer Bedeutung. Erfolgt sie zum Öffentlichen Recht, ist gewährleistet, daß Rechtsstreitigkeiten aus diesem Bereich vor die Verwaltungsgerichte kommen. Eine weitere Aufsplitterung der gerichtlichen Zuständigkeiten im Fernmelderecht wird damit verhindert.

Die Rechtsbeziehung DBP - Grundeigentümer ist also öffentlich-rechtlicher Natur. Wie aber ist sie darüber hinaus näher dogmatisch zu fassen?

Ausgangspunkt der weiteren Überlegung muß die vollständige, im Einzelfall nicht abänderbare, gesetzliche Normierung des Inhalts und der Form der GEE (Anlage 1 zur FO) sowie der Gegenerklärung (Anlage 2 zur FO) sein (vgl. bereits oben III. 3.a). Legt man das der Beurteilung zugrunde, stellt man fest, daß zur Begründung von Rechten und Pflichten vom Grundstückseigentümer allein die Abgabe einer Willenserklärung verlangt wird. Er muß nur "Ja" sagen zur Inanspruchnahme seines Grundstücks. Seine Rechte und Pflichten, aber auch die der DBP, ergeben sich dann aus dem gesetzlichen Inhalt der GEE. Das "Ja" des Grundstückseigentümers ist also die Voraussetzung für den Eintritt bestimmter gesetzlicher Rechtsfolgen. Die Gegenerklärung der DBP hat lediglich rein deklaratorische Bedeutung. In ihr wird nichts erklärt, was nicht schon in der

---

18) Vgl. auch Kämmerer/Eidenmüller § 8 FAG Anm.5.

GEE normiert ist. Die Gegenerklärung ist allenfalls insoweit von praktischer Bedeutung, als sie dem Grundstückseigentümer schriftlich bestimmte Rechtsfolgen aus der Abgabe der GEE verdeutlicht.

Vertragliche Konstruktionen[19] scheiden damit aus. Es liegt eine einseitige Willenserklärung vor. Mit ihr gibt der Eigentümer eine öffentlich-rechtliche Duldungserklärung ab. Die Folgen ergeben sich aus dem Gesetz. Diese Einordnung ist auch von Bedeutung im Hinblick auf die Haftung der DBP aufgrund der GEE (vgl. unten VI. 1. a.E.).

Mit der Abgabe dieser Duldungserklärung hat der Eigentümer eine öffentliche Last an dem Grundstück begründet, die nach dem Text der GEE (und der Gegenerklärung) "auf unbestimmte Zeit" gilt und "bei einer Veräußerung des Grundstücks für den Nachfolger bindend" ist. War sich der Eigentümer nicht bewußt, welch weitreichende Rechte er der DBP eingeräumt hat, so bleibt ihm nur der Ausweg, die Gestattung zum 1. April oder zum 1. Oktober zu kündigen. Eine Anfechtung der Duldungserklärung, die grundsätzlich auch im Öffentlichen Recht analog §§ 119 ff BGB möglich ist, ist hier allerdings ausgeschlossen, da der Eigentümer sich über Rechtsfolgen geirrt hat.

Die Kündigung der öffentlichen Last an dem Grundstück wird aber wohl kaum einmal praktisch werden. Denn das Kündigungsrecht ruht, solange sich ein Anschluß an das Fernmeldenetz auf dem Grundstück befindet. Der Eigentümer wird jedoch kaum auf seinen Anschluß verzichten wollen. Gegebenenfalls werden ihn die Mieter auf seine mietvertraglichen Pflichten hinweisen.

---

19) Von Kämmerer/Eidenmüller § 8 FAG Anm.5 werden diese für vertretbar, aber entbehrlich gehalten. Es könne kein typisches Vertragsverhältnis zustandekommen wegen des konstitutiven Charakters der GEE und des nur deklaratorischen der Gegenerklärung.

4. Anschluß im Rahmen der technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten

Trotz Zulassungspflicht der DBP und Erfüllung aller Voraussetzungen seitens des Antragstellers (Antrag, Beibringung der GEE, Bereitstellung geeigneter Räume und Annahme des Antrags durch die DBP, § 11 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 und 6, Abs. 3 S. 2 FO) kann sich die Anschließung eines Teilnehmers nicht unerheblich verzögern.[1] Die Schaffung der technischen Voraussetzungen, die fernmeldetechnische Erschließung, kann in hohem Maße zeit- und kostenaufwendig sein. Zu prüfen ist deshalb der Umfang der Zulassungspflicht der DBP. Welche Maßnahmen kann ein anzuschließender Teilnehmer von der DBP verlangen? Besteht ein Anspruch auf sofortige Anschließung?

Das BVerwG[2] billigt dem Antragsteller einen Anspruch auf "unverzügliche Errichtung" zu. Der Anspruch entfalle nur bei tatsächlicher Unmöglichkeit. Dieser sei wirtschaftliche Unzumutbarkeit gleichzusetzen. Da die DBP jedoch verpflichtet sei, ihr Fernsprechnetz entsprechend den Bedürfnissen auszubauen, könne wirtschaftliche Unzumutbarkeit kein Dauerzustand sein. Der Antragsteller könne deshalb zwar nicht sofortige, jedenfalls aber doch unverzügliche Errichtung der erforderlichen Anlagen begehren, also ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern. Im Interesse eines geordneten Ausbaus seien provisorische Maßnahmen der DBP aber nicht zumutbar.[3] Irgendwelche Fristen könnten der DBP nicht gesetzt werden.[4] Bei erheblicher Überschreitung der üblichen Anschlußzeit habe sie aber ihre sachlichen Gründe dafür darzulegen, wenn der Antragsteller die Überschreitung für unberechtigt hält.

---

1) und 2) BVerwGE 36,352 = NJW 1971,532 = DÖV 1971, 385 = DVBl 1971,189 = Archiv PF 1971,189. Inhaltlich entsprechend die Vorinstanz VGH Frankfurt BB 1969,851.
3) Auch OVG Bremen Archiv PF 1978,394 f.
4) VGH Frankfurt BB 1969,851 f hatte eine Dreijahresfrist ab Antragstellung für rechtens gehalten. Notfalls müßten provisorische Maßnahmen erfolgen.

Dem ist zuzustimmen. Im Interesse einer notwendigen Leistungsfähigkeit des öffentlichen Fernsprechnetzes muß die DBP die Möglichkeit haben, es planmäßig wachsen zu lassen. Technische Vorkehrungen lassen sich nicht "von heute auf morgen" treffen. Eine gewisse Zeitspanne liegt in der Natur der Sache. Provisorien behindern möglicherweise die planmäßige Entwicklung und erfordern finanzielle Aufwendungen, die zum Anschluß einer Vielzahl wartender Interessenten dann fehlen könnten.[5]

Der Anspruch auf Anschließung an das öffentliche Fernmeldenetz besteht also nur im Rahmen der technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten der DBP.[6] Daß Gründe für die Überschreitung der üblichen Anschlußzeit einem Antragsteller darzulegen sind, ist ein Gebot der Überprüfbarkeit hoheitlicher Entscheidungen.

5. Bevorzugte Anschließung

§ 11 Abs. 5 FO bestimmt, daß Anträge auf Neuanschließung von Teilnehmereinrichtungen in der Reihenfolge ihres Eingangs ausgeführt werden, soweit nicht wichtige Gründe entgegenstehen. Solche wichtigen Gründe wurden verschiedentlich geltend gemacht, so von einem Rechtsanwalt[1], einem Erkrankten[2] und einem Einsatzleiter im öffentlichen Katastrophenschutz, der bevorzugte Anschließung seiner Privatwohnung begehrte[3].

Die zu § 11 ergangene Verwaltungsanweisung Nr. 19 bestimmt, daß von der in § 11 genannten Reihenfolge "nur aus wichtigen öffentlichen oder dienstlichen Gründen" abgewichen werden darf. Dienstliche Gründe sind die bereits erörterten tatsächlichen, technischen Anschließungsvoraussetzungen. Öffentliche Gründe

---

5) Aubert Jahrbuch d.el.Fernmeldewesens 1970,207 f; OVG Bremen Archiv PF 1969,632; OVG Berlin Archiv PF 1969,630; VG Freiburg Archiv PF 1966,76. Vgl. auch Kämmerer/Eidenmüller § 8 FAG Anm.7.
6) So deshalb § 11 Abs.5 FO.
1) VG Freiburg Archiv PF 1966,76.
2) OVG Berlin Archiv PF 1969,630.
3) VG Frankfurt Archiv PF 1975,610.

sind nach der Verwaltungsanweisung z.B. gegeben, wenn der Antragsteller im öffentlichen Interesse jederzeit erreichbar sein muß. Demnach können etwa Ärzte, Apotheken, Behörden, Feuerwehr, fremde Missionen und Presseeinrichtungen[4] mit bevorzugter Anschließung rechnen. Möglicherweise kann das auch der Einsatzleiter im öffentlichen Katastrophenschutz, sofern die Entfernung zwischen Wohnung und Einsatzzentrale der tatsächlichen Wahrnehmung der Einsatzleitung nicht entgegensteht.[5]

Es fällt auf, daß § 11 Abs. 5 FO nur von "wichtigen Gründen" spricht, während die Verwaltungsanweisung Nr. 19 "wichtige öffentliche oder dienstliche Gründe" verlangt und damit wohl § 11 Abs. 5 FO einschränkend auslegt. Als innerdienstliche Anweisung ohne Rechtsnormcharakter kann die Verwaltungsanweisung die FO aber nicht einschränken.

Wenn § 11 Abs. 5 S. 1 FO grundsätzlich für die Bearbeitung von Anträgen das Reihenfolgeprinzip anordnet, so erfolgt das deshalb, weil die DBP an das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden ist, und das Prioritätsprinzip dem im Regelfall am ehesten gerecht wird. "Wichtige Gründe", die ein Abweichen rechtfertigen, sind deshalb an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Danach darf wesentlich Gleiches nicht willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches nicht willkürlich gleich behandelt werden.[6] "Wichtige Gründe" sind also gegeben, wenn Sachverhalte vorliegen, die sich von dem "Normalfall" einer Antragstellung wesentlich unterscheiden. Dieser Normalfall wird vorliegen, wenn ein Anschluß aus privatem oder geschäftlichem Interesse beantragt wird. Ein Pelzhändler[7] kann deshalb nicht mit bevorzugtem Anschluß rechnen. Sicher ist auch, daß eine wesentliche Abweichung vom Normalfall vorliegt, wenn öffentliche Interessen im Spiel sind. Zweifelhaft ist aber, ob

---

4) So die beispielhafte Aufzählung in der VerwAnw.Nr.19 zu § 11 FO.
5) VG Frankfurt aaO.
6) BVerfGE 4,155 (st.Rspr.).Dürig in Maunz/Dürig/Herzog GG Art.3 Rdnr.332.
7) VG Frankfurt Archiv PF 1975,610.

auch nur dann eine wesentliche Abweichung vorliegt, wenn öffentliche Interessen betroffen sind, sonst jedoch eine wesentliche Abweichung nicht bejaht werden kann.

Die Verwaltungsanweisung Nr. 19 kann sich für ihre Erläuterung der "wichtigen Gründe" auf § 7 Abs. 2 FernmG stützen, wonach Vorrechte bei der Benutzung der dem öffentlichen Verkehr dienenden Anlagen nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig sind. Das kann eine Auslegungshilfe sein für § 11 Abs. 5 FO. Dagegen spricht aber, daß § 11 Abs. 5 FO eben nur von "wichtigen Gründen" spricht, ohne diese im Sinne von § 7 Abs. 2 FernmG zu präzisieren. Man wird sie deshalb durchaus weiter fassen können, als dies die Verwaltungsanweisung Nr. 19 vorsieht. Oder man legt den Begriff "öffentliche Gründe" in der Verwaltungsanweisung weit aus, um die Verwaltungsanweisung mit § 11 Abs. 5 FO in Einklang zu bringen.

Ein Erkrankter, der jederzeit in der Lage sein muß, einen Arzt zu rufen, unterscheidet sich wesentlich vom Normalfall. Seinem Anschließungswunsch liegen Interessen zugrunde, die wesentlich über diejenigen hinausgehen, die üblich sind. Diese Interessen lassen sich durchaus als öffentliche Gründe für eine Bevorzugung begreifen, wenn man in Betracht zieht, daß es auch im Interesse der Gemeinschaft liegt, daß derjenige, der auf die Hilfe anderer angewiesen ist, diese Hilfe möglichst schnell erlangen kann. Erspart das Telefon dem Kranken gegebenenfalls den Krankenhausaufenthalt, liegt das öffentliche Interesse auf der Hand. Erkrankte, die darauf angewiesen sind, schnell Hilfe herbeirufen zu können, sind deshalb bevorzugt anzuschließen.[8]

Entgegen der Ansicht des VG Freiburg[9] sind auch Rechtsanwälte bevorzugt anzuschließen. Das Gericht zählt Rechtsanwälte deshalb nicht zu dem bevorzugten Personenkreis, weil der Beruf des Rechtsanwalts ein freier Beruf wie andere auch sei.

---

8) aA.OVG Berlin Archiv PF 1969,630.
9) Archiv PF 1966,76.

Es übersieht dabei aber, daß der Rechtsanwalt als "unabhängiges Organ der Rechtspflege" (§ 1 BRAO) nicht nur den Privatinteressen, sondern auch dem öffentlichen Interesse der Rechtspflege zu dienen hat. Daneben ist auch zu berücksichtigen, daß - insbesondere bei einem Rechtsanwalt mit fester Mandantschaft - plötzliche Beratungsbedürfnisse etwa in Sachen vorläufigen Rechtsschutzes oder in Haftsachen schnelle Erreichbarkeit des Rechtsanwaltes erfordern. In dieser Notwendigkeit, schnell erreichbar sein zu müssen, ist er auch den Presseeinrichtungen und den fremden Missionen vergleichbar, die oben als bevorzugt anschließbar genannt wurden.[10]

6. Übernahme von Teilnehmereinrichtungen

Daß die FO eine Rechtsverordnung und damit ein materielles Gesetz mit verbindlicher Wirkung für und gegen jedermann ist, hat ein Teilnehmer nicht bedacht, der die Übertragung eines Hauptanschlusses beantragt hatte. Auf ihn wurden auch die vorhandenen Nebenstellen übertragen, obwohl das von ihm gar nicht gewollt war.[1]

---

10) Eine der bevorzugten Anschließung vergleichbare Problematik stellt sich bei der Umwandlung von Hauptanschlüssen nach § 17 Abs.4 Nr.1 FO. Ein Einzelanschluß darf nur dann nicht in einen Zweieranschluß umgewandelt werden, wenn wichtige Gründe dafür gegeben sind, daß der Teilnehmer jederzeit erreichbar sein muß: § 17 Abs.7 i.V.m. § 11 Abs.5 S.1 FO. Da die Umwandlung heute praktisch kaum mehr eine Rolle spielt, weil Einzelanschlüsse absolut die Regel sind (geringerer technischer Aufwand bei der Einrichtung in Verbindung mit einem höheren Gebührenanspruch der DBP, Grundgebühr), soll hier nur die weiterführende Literatur und die einschlägige Rechtsprechung genannt werden: Zum Ganzen: Aubert S.168 und im Jahrbuch d.el.Fernmeldewesens 1970,224 f. BVerwG Archiv PF 1968,104 und VGH Baden-Württemberg ESVGH 15,113 jeweils unter Hinweis auf die entspr. Best. d. FO und der VerwAnw.; LVG Gelsenkirchen Archiv PF 1958,338; HessVGH BB 1965,1127: Keine Umwandlung bei Ärzten; VG Frankfurt Archiv PF 1968,622: Umw. zulässig bei Rechtsanwälten und Notaren; VG Frankfurt Archiv PF 1977, 488: Kein Einverständnis des Teilnehmers mit der Umw.nötig.

1) OLG München NJW 1960,1526.

Denn § 11 Abs. 2 b und 2 c FO bestimmt, daß Hauptanschlüsse mit Nebenstellen nur zusammen mit diesen Nebenstellen übernommen werden können. Der Rechtsnormcharakter der FO bewirkt, daß der Teilnehmer mit dem Zustandekommen des Teilnehmerverhältnisses den Bedingungen der FO unterworfen ist. "Er kann sich im Einzelfall nicht darauf berufen, daß er die Bestimmungen der FO nicht gekannt habe. Ebensowenig ist die DBP verpflichtet, dem Teilnehmer vor Vertragsschluß[2] diese Bestimmungen im einzelnen ausdrücklich bekannt zu machen."[3] Die FO enthält eben keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Der Teilnehmer konnte sich deshalb auch nicht darauf berufen, das Antragsformular sei - allein für sich gesehen - unklar abgefaßt gewesen.[4]

Der Teilnehmer hätte, um sein Ziel zu erreichen, nicht die Übernahme von Teilnehmereinrichtungen, sondern seine Neuanschließung an das Fernmeldenetz beantragen müssen. Dann hätte er allerdings Anschließungsverzögerungen in Kauf nehmen müssen, da nach § 11 Abs. 5 FO Anträge auf Neuanschließung in der Reihenfolge ihres Eingangs, Anträge auf Übernahme vorhandener Einrichtungen dagegen in der Regel unverzüglich ausgeführt werden.

7. Gebührenpflicht nach Rücknahme des bestätigten Anschließungsantrages

Das OVG Münster hatte 1972 folgenden Fall zu entscheiden.[1] Die DBP sollte einen Fernsprechanschluß verlegen (§ 17 Abs. 1 FO) und eine Reihennebenstellenanlage einrichten. Der entsprechende Antrag des Teilnehmers war bestätigt worden (§ 17 Abs. 7 i.V.m. § 11 Abs. 3 FO). Die Einrichtung verzögerte sich aber, da die Räume des Teilnehmers noch nicht baurechtlich abgenommen waren. Die DBP bat um Angabe eines verbind-

---

2) Dazu oben II 3.
3) und 4) OLG München aaO.
1) Archiv PF 1975,500.

lichen Zeitpunktes für die Installierung der Nebenstellenanlage. Andernfalls müsse der Antrag auf Einrichtung der Anlage als zurückgezogen betrachtet und das Konto des Teilnehmers mit Restgebühren belastet werden. Da der Teilnehmer keinen Termin nannte, verlangte die DBP Restgebühren, die aber nicht bezahlt wurden.

Nach § 11 Abs. 6 FO hat der Teilnehmer geeignete Räume für die Teilnehmereinrichtungen bereitzustellen. Ist er dazu nicht in der Lage, bzw. äußert er sich nicht dazu, von welchem Termin an die Räume Fernsprecheinrichtungen aufnehmen können, so kann man darin einen mindestens vorläufigen Verzicht auf die Einrichtung sehen, was einer Zurückziehung des Einrichtungsantrags vergleichbar ist. Denn der Teilnehmer legt im Augenblick keinen Wert auf eine Anschließung bzw. auf eine Einrichtung der Nebenstellenanlage.

Nach § 11 Abs. 11 FO kann die DBP dann, wenn der Teilnehmer einen Antrag auf Neuanschließung von Teilnehmereinrichtungen nach der Bestätigung zurückzieht, Gebühren für geleistete Aufwendungen erheben. Zieht aber - wie hier - ein Teilnehmer den Antrag auf Neuanschließung von Reihennebenstellenanlagen nach der Bestätigung zurück, so soll er außerdem noch nach § 24 Abs. 2 S. 1 FO Restgebühren[2] für die Dauer von zwei Jahren zu entrichten haben.

Diese Gebührenansprüche der DBP bedürfen der Überprüfung. § 11 Abs. 11 FO begründet einen Gebührenanspruch der DBP zum Ausgleich der seit Eingang des Antrags "schon geleisteten" Aufwendungen und der für die Beseitigung schon hergestellter Einrichtungen "zu leistenden" Aufwendungen. Damit ist die gebührenrechtlich notwendige, konkrete Beziehung zu einer konkreten Verwaltungshandlung gegeben. Die Gebührenforderung nach § 11 Abs. 11 FO ist unbedenklich.

---

2) Zur Berechnung: § 24 Abs. 1 S.1 FO und Aubert S.238.

Anders ist die Situation aber bei den Restgebühren nach § 24 Abs. 2 S. 1 FO. Diese hat der Teilnehmer nach Rücknahme seines Anschließungsantrages für die Dauer von zwei Jahren zu entrichten. Die Gebührenforderung soll also unabhängig von Aufwendungen oder Leistungen der DBP bestehen. Aubert[3] rechtfertigt den Gebührenanspruch damit, daß die DBP Nebenstellenanlagen nicht selbst herstellt und sich deshalb gegen eine willkürliche Zurückziehung von Anträgen sichern muß, um disponieren und Fehlinvestitionen vermeiden zu können. Der mit dem Restgebührenanspruch verfolgte Zweck zielt also darauf ab, den Teilnehmer anzuhalten, zu seinem Antrag zu stehen. Das ist inhaltlich das, was im Vertragsrecht durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe erreicht werden soll.[4]

Da das Teilnehmerverhältnis - auch soweit es Nebenstellenanlagen betrifft (§ 11 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 1 FO) - aber kein Vertragsverhältnis[5], sondern ein durch mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt begründetes Rechtsverhältnis ist, muß sich seine Ausgestaltung auch daran orientieren, was durch hoheitliche Regelung möglich ist. Die Festlegung einer "Vertrags"-Strafe scheidet begrifflich aus. Und wenn Gebühren erhoben werden sollen, so sind die allgemeinen Grundsätze der Gebührenerhebung zu beachten. Dazu gehört vor allem, daß Gebühren eine Gegenleistung für ein Verwaltungshandeln darstellen müssen. Das ist bei den Restgebühren nach § 24 FO aber nicht der Fall. Ihre Erhebung ist also unzulässig. Die DBP kann nicht ihr günstige vertragsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten übernehmen, ohne generell Verträge zuzulassen.

Vergleicht man die dadurch entstehende Situation der DBP, also die Unzulässigkeit der Erhebung von Restgebühren nach

---

3) S.240.
4) Demgemäß sieht die h.M., vgl. Aubert S.237 m.w.N., auch in dem Restgebührenanspruch keinen Schadensersatzanspruch. Eine nähere Präzisierung erfolgt aber nicht. Den Restmietanspruch eines privaten Vermieters v. Nebenstellenanlagen sah das KG WM 1971,656 aber als Schadensersatzanspruch an.
5) Vgl. oben II 3.

§ 24 FO, mit der Situation eines privaten Anbieters, der Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet und damit in etwa der DBP praktisch vergleichbar vorgeht, so stellt man fest, daß die DBP keineswegs benachteiligt wird. Denn auch eine private Vertragspartei hätte grundsätzlich keine Möglichkeit, in ihren AGB eine Bestimmung unterzubringen, wonach ihr für den Fall der Nichtabnahme einer Leistung die Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird. Nach § 11 Nr. 6 AGBG wäre ein solches Versprechen unwirksam. Weshalb die DBP bei vergleichbarem Vorgehen Vorrechte genießen soll, ist nicht ersichtlich.

IV. Das Teilnehmerverhältnis nach Anschluß des Teilnehmers

1. Die Eintragung im Amtlichen Fernsprechbuch

Mit den Amtlichen Fernsprechbüchern[1] befaßt sich § 39 FO. Danach sind AFeB Verzeichnisse der Fernsprechteilnehmer. Für jeden Hauptanschluß wird das AFeB, in dem das Ortsnetz des Anschlusses aufgeführt ist, gebührenfrei zur Verfügung gestellt.

Den Eintrag regelt § 39 Abs. 2 FO. Danach werden die Fernsprechteilnehmer "von Amts wegen mit ihrem Namen... nach der Buchstabenfolge eingetragen (Haupteintrag). Reicht der Name allein für das Auffinden der Rufnummer nicht aus, dann können die Lage der Sprechstelle oder andere für das Auffinden der Rufnummer notwendige Angaben in den Eintrag aufgenommen werden." Werbeangaben sind unzulässig. Der Eintrag wird von der DBP festgelegt. Abkürzungen dürfen verwendet werden. Bis zu drei aufeinanderfolgende Druckzeilen sind pro Hauptanschluß und Haupteintrag gebührenfrei. Ein Teilnehmer kann in gewissen Grenzen Nebeneinträge (§ 39 Abs. 3 FO) beantragen. Diese sind dann aber gebührenpflichtig.[2]

Das bedeutet also, daß die Ausgestaltung des AFeB weitgehend im Ermessen der DBP liegt. Die Art und Weise der Eintragung richtet sich (für den gebührenfreien Haupteintrag) allein danach, welche Angaben für das Auffinden der Rufnummer erforderlich sind.[3] So kann ein Steuerberater nicht die Eintragung seiner Sprechstunden verlangen.[4] Auch ist die DBP nicht

---

1) Im folgenden: AFeB.
2) Vgl. zum Ganzen Aubert S.229 f und Klingler/Mahler/Müller-Using im Jahrb. d. el.Fernmeldewesens 1973,276f.
3) LVG Hamburg Archiv PF 1959,123; VG Karlsruhe Archiv PF 1965,282; Urt.d.VG Berlin v. 3.10.74, Az. VG III A 238/74 soweit bekannt nicht veröffentl.
4) LVG Hamburg aaO.

verpflichtet, eine Eintragung in ganz bestimmter Form, nämlich ausschließlich in Großbuchstaben, vorzunehmen, es sei denn, der Teilnehmer ist eine Handelsfirma, die im Geschäftsverkehr nur in Großbuchstabenschreibweise bekannt ist.[5] Da Abkürzungen verwendet werden dürfen, die allgemein verständlich sind, war auch die Klage eines Teilnehmers unbegründet, der von der DBP verlangte, im AFeB das "ö" in "öffentl. best. Vermessungsing." groß zu schreiben.[6] Die Rechtmäßigkeit eines Haupteintrags beurteilt sich eben allein danach, ob die Angaben zum Auffinden der Rufnummer ausreichend und erforderlich sind.

Erfolglos war auch die Klage des Schweißfachingenieurs, dessen Berufsbezeichnung im AFeB ohne "w" wiedergegeben worden war. Er hielt die DBP analog §§ 1004, 862 und 12 BGB für verpflichtet, diese Beeinträchtigung durch Einziehung der ausgegebenen AFeB und Berichtigung des Druckfehlers zu beseitigen.[7] Gesonderte Berichtigungshinweise reichten nicht aus, da sie den Druckfehler erst richtig publik gemacht hätten.

Zweifellos hätte die Beeinträchtigung des Klägers durch Einziehung und korrigierte Neuausgabe der Fernsprechbücher beseitigt werden können. Das wäre aber mit Sicherheit sehr kostspielig gewesen, weshalb der DBP unter Umständen diese Maßnahme nicht zugemutet werden durfte. Möglicherweise ist die DBP deshalb wegen "wirtschaftlicher Nichtzumutbarkeit"[8] von ihrer Berichtigungsverpflichtung frei geworden.[9] Das wäre der Fall gewesen, wenn man sagen könnte, die Berichtigung sei der DBP wegen Überschreitens der Opfergrenze unzumutbar geworden, der Berichtigung hätten also "überobligationsmäßige

---

5) VG Karlsruhe aaO.
6) VG Berlin aaO.
7) OLG Hamm Archiv PF 1966,69 ff.
8) Staudinger/Weber § 242 Anm. B 86.
9) Zur Frage, ob das im Zivilrecht letztlich ein Fall der Unmöglichkeit ist oder ob die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage Anwendung finden, vgl. Staudinger/Weber § 242 Anm. B 71 ff; Soergel/Siebert/Knopp § 242 Rnr.403 u. Soergel/Reimer Schmidt Vor § 275 Rnr.29; Palandt/Heinrichs § 275 Anm.1 e.

Schwierigkeiten"[10] entgegengestanden.

Dazu ist zu bedenken, daß dem Kläger mit der DBP ein höchst zahlungskräftiger Gegner gegenüberstand, von dem ein erhebliches Maß an Anstrengung erwartet werden durfte, die Beeinträchtigung zu beseitigen. Andererseits war diese aber auch nicht allzu gravierend. Jedem vernünftigen Leser der Berufsbezeichnung des Klägers mußte klar sein, daß es sich hier um einen Druckfehler handelte. Mißverständnisse über den Beruf und damit Fehleinschätzungen des Klägers konnten gar nicht entstehen. Das Interesse des Gläubigers an einer Leistung liefert aber einen Maßstab dafür, was "überobligationsmäßige Schwierigkeiten" bei der Erfüllung sind. Das führt hier dazu, daß die DBP nicht verpflichtet ist, die AFeB einzuziehen und zu berichtigen. Der enorme Aufwand dafür steht unter Berücksichtigung aller beteiligten Interessen in keinem Verhältnis zur Beeinträchtigung des Klägers.

2. Störanrufe

Wenn ein Teilnehmer durch Störanrufe belästigt wird[1], so ist es problematisch, ob er von der DBP Schutzmaßnahmen verlangen kann, denn die Störung erfolgt durch einen Dritten. Besteht aber eine Schutzpflicht der DBP, ist zu prüfen, auf welche Weise sie dieser Pflicht gerecht werden kann, ob Schutzmaßnahmen etwa entgeltlich angeboten werden dürfen oder unentgeltlich angeboten werden müssen. Diese Fragen sind nach dem Inhalt des Teilnehmerverhältnisses, insbesondere nach den sich daraus für die DBP ergebenden Pflichten zu entscheiden.

---

10) Erman/Battes Vor §§ 275-292 Rnr.45; Palandt/Heinrichs § 275 Anm.1 e.

1) VG Hamburg Urt. v. 5.11.1976, Az. III VG 19/76, soweit bekannt nicht veröffentlicht.

Nach § 10 Abs. 1 FO ist Inhalt des Teilnehmerverhältnisses die Überlassung und Benutzung von Teilnehmereinrichtungen. Benutzung setzt Benutzbarkeit voraus. Und Benutzung umfaßt die Verwendung der Einrichtung sowohl für den ankommenden als auch für den abgehenden Verkehr. Der Teilnehmer hat also einen Anspruch auf die Betriebsfähigkeit seiner Einrichtung.[2] Benutzung ist aber nicht jede - auch beeinträchtigte - Benutzung, sondern allein ungestörte Benutzung. Das bedeutet, daß die DBP verpflichtet ist, den Teilnehmer vor Störungen zu bewahren.

Eine weitere Begründung für das Bestehen der Schutzpflicht der DBP ergibt sich aus folgender Überlegung. Die DBP stellt mit dem Fernsprechnetz ein System zur Verfügung, das sehr gute Voraussetzungen für einen Mißbrauch bietet. Eine riesige Zahl von Teilnehmern ist erreichbar, ohne daß der Anrufer seine Identität preiszugeben braucht. Die Gefahr des Entdecktwerdens ist für den anonymen Störer wegen der Leichtigkeit, unkontrolliert Verbindungen herstellen zu können, äußerst gering. Die DBP stellt also Einrichtungen zur Verfügung, die die Gefahr von Schädigungen einzelner erhöhen. Dem Gedanken der Verkehrssicherungspflicht entsprechend, muß man sie dann aber auch für verpflichtet halten, Schutzvorkehrungen zu treffen.

Das kann im Prinzip entgeltlich oder auch unentgeltlich geschehen. Für die Entscheidung, wie das im Fernsprechteilnehmerverhältnis zu erfolgen hat, ist die Wertung des § 17 Abs. 5 S. 2 FO heranzuziehen. Nach dieser Bestimmung erfolgt die Gebrauchserhaltung der Fernsprecheinrichtung grundsätzlich auf Kosten des Teilnehmers. Er hat die erforderlichen Aufwendungen zu tragen. Notwendige Maßnahmen führt die DBP aus.[3] Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß auch Schutzmaßnahmen gegen Störer, also Maßnahmen zur Erhaltung ungestörten Gebrauchs, auf Kosten des Teilnehmers durchgeführt werden können.

---

2) Aubert S. 224 f.
3) Vgl. § 12 Abs. 7 FO.

Dementsprechend bietet die DBP auch verschiedene Leistungen an: Nach § 38 Abs. 3 FO beobachtet die DBP auf Antrag Teilnehmeranschlüsse zur Feststellung ankommender Verbindungen oder führt bestimmte Nachforschungen aus. Nach § 12 Abs. 3 FO können auf Antrag Teilnehmeranschlüsse vorübergehend gesperrt werden. Wecker können ein- und ausschaltbar eingebaut werden. Außerdem besteht noch die Möglichkeit, das Klingelzeichen am Sprechapparat leise zu stellen. Diese Leistungen sind - bis auf die letztgenannte - gebührenpflichtig.[4] Ist der Störer festgestellt, kann die DBP dessen Anschluß nach § 20 Abs. 3 FO sperren und gegebenenfalls fristlos aufheben, da der Anschluß mißbräuchlich benutzt wurde (§ 12 Abs. 1 FO). Dieses umfassende Angebot abgestufter Maßnahmen, das bis zum Ausschalten des Störers geht, genügt der Verpflichtung, vor Störungen zu schützen.

Die aus dem Fernsprechteilnehmerverhältnis abgeleiteten Pflichten der DBP und die Art, wie die DBP ihnen nachkommen kann, entsprechen mietvertraglichen Verpflichtungen und privatrechtlich möglichen Vereinbarungen. Auch der Vermieter ist verpflichtet, dem Mieter ungestörten Gebrauch der Mietsache zu verschaffen und zu erhalten. Schutz vor Störungen gehört zur Erhaltung des Gebrauchs der Mietsache.[5] Zwar besteht nach § 536 BGB für den Vermieter die Pflicht, die Mietsache während der Mietzeit in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu erhalten, was bedeutet, daß der Vermieter ständig zur Abwehr von Störungen verpflichtet bleibt. Die Gebrauchserhaltungspflicht nach § 536 BGB ist jedoch abdingbar.[6]

Die DBP bietet also nicht weniger an, als ein vergleichbar vorgehender privater Unternehmer anbieten müßte. Daß Schutzvorrichtungen nur gegen Entgelt zur Verfügung gestellt werden, ist nicht zu mißbilligen.

---

4) FGV 8.4 Nr. 3 ff (Antragssperre) und Nr. 12 ff (Maßnahmen nach § 38 Abs.3); FGV 1.3 Nr. 14 f (Wecker).
5) Palandt/Putzo § 535 Anm. 2 a, bb a.E.
6) Palandt/Putzo § 536 Anm. 1 c.

3. Gestaltung der Benutzungs- und Tarifbedingungen

Zur Zeit der Geltung des seit 1. April 1980 aufgehobenen Nachttarifs II, des "Mondscheintarifs", verklagte ein Teilnehmer die DBP und beantragte, sie zu verurteilen, "einen geordneten Telefondienst herzustellen". Während der Geltung des Nachttarifs II sei es einem normalen Telefonbenutzer praktisch unmöglich, ein Ferngespräch zu führen, da die Leitungen völlig überlastet seien. Die DBP sei aber verpflichtet, ihren regelmäßigen Kunden ständig die ungehinderte Möglichkeit zum Führen von Telefongesprächen zu verschaffen. Gegebenenfalls müsse der Nachttarif II bis zu einem ausreichenden Ausbau des Fernmeldenetzes ausgesetzt werden.[1]

Das VG Köln interpretierte den Klageantrag als Antrag auf sofortige Aussetzung des Nachttarifs II und wies die Klage als unzulässig ab, was bei dieser Auslegung des Klageantrags wohl vertretbar war. Die Tarife für Fernmeldegebühren würden mittels Rechtsverordnung festgesetzt. Diese Rechtsverordnung sei der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnen. Das Rechtsschutzsystem der VwGO sehe Klagen, die unmittelbar auf die Aufhebung oder Änderung von Rechtsverordnungen des Bundes gerichtet seien, nur in Ausnahmefällen vor. Ein solcher sei hier nicht gegeben. Die Voraussetzungen einer abstrakten Normenkontrolle nach § 47 VwGO seien nicht gegeben. Außerdem fehle dem Kläger das Rechtsschutzbedürfnis (§ 42 Abs. 2 VwGO), da eine Verletzung seiner Rechte nicht ersichtlich sei. Er habe keinen Anspruch auf eine bestimmte Gestaltung der Benutzungsbedingungen. Soweit der Kläger den Ausbau des Fernmeldenetzes begehre, sei die Klage wegen mangelnder Bestimmtheit (§ 82 VwGO) unzulässig. Es sei nicht erkennbar, welche Einzelmaßnahmen der DBP aufgegeben werden sollten.

Bereits der Ansatz dieser Entscheidung befriedigt nicht. Die Auslegung des Klageantrags entsprach nicht dem tatsäch-

1) VG Köln Urt.v.16.2.1978, Az. 1 K 2899/77, soweit bekannt nicht veröffentlicht.

lichen Begehren des Klägers. Worum ging es ihm? Primär war er doch daran interessiert, ein "geordnetes" Fernsprechwesen herstellen zu lassen. Nicht die Möglichkeit preisgünstigen Telefonierens, sondern die Überlastung des Netzes störte ihn. In der Aussetzung des Nachttarifs II sah er nur eine von mehreren - gegebenenfalls von der DBP auszuwählenden - Möglichkeiten der Abhilfe. Die Auslegung des Klageantrags ist also zu eng gewesen.

Hinter dem Begehren des Klägers steht die auch nach Aufhebung des Nachttarifs II noch interessierende Frage nach dem Bestehen eines Anspruchs des Fernsprechteilnehmers auf ein in bestimmter Weise ausgestaltetes Fernsprechwesen. Nach § 2 Abs. 3 PostVerwG sind die Anlagen der DBP in gutem Zustand zu erhalten und technisch und betrieblich den Anforderungen des Verkehrs entsprechend weiter zu entwickeln und zu vervollkommnen. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die DBP an diese Bestimmung gebunden. Das beinhaltet für sie die Pflicht zur Gewährung eines "geordneten" Telefondienstes. Aber auch aufgrund ihrer Monopolstellung ist die DBP gehalten, das Teilnehmerverhältnis so auszugestalten, wie es der vom Gesetzgeber gewollten und als billig empfundenen Rechtslage entspricht[2]. Ihr ist es damit verwehrt, dem allgemeinen Verkehr "unbillige und unverhältnismäßige Bedingungen"[3] vorzuschreiben.

Fraglich ist aber, ob damit ein Anspruch des einzelnen Teilnehmers auf einen "geordneten" Telefondienst gegeben ist. Das wird man bejahen müssen. Denn als gebührenzahlender Kunde der DBP hat der Teilnehmer ein klares, rechtliches Interesse daran, daß der Telefondienst tatsächlich so ausgestaltet ist, wie die gesetzlichen Bestimmungen dies vorsehen. Aufgrund seines unmittelbaren Betroffenseins und auch deshalb,

---

2) Vgl. Larenz, Allg. Teil d. Bürg.Rechts, § 22 I und III b 3; Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 145 Anm. 3 c.
3) Larenz, AT, § 22 III b 3 unter Bezug auf die Rspr. des RG.

weil er darauf angewiesen ist, das Monopol der DBP in Anspruch zu nehmen, muß ihm ein Anspruch gegen die DBP zustehen. Der Teilnehmer steht in einer Sonderbeziehung der hoheitlichen Verwaltung gegenüber. Es liegt nicht das übliche Subjektionsverhältnis Bürger - Staat vor, sondern ein ganz spezielles, besonders begründetes Teilnehmerverhältnis, welches besondere Rechte und Pflichten beider Teile begründet und deshalb auch dem Teilnehmer subjektive Rechte gewähren muß.

Wie soll nun aber der "geordnete" Telefondienst aussehen? Nach § 2 Abs. 1 PostVerwG ist die DBP nach den Grundsätzen der Politik der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere der Verkehrs-, Wirtschafts-, Finanz- und Sozialpolitik zu verwalten. Demnach sind bei der Ausgestaltung des Fernsprechwesens stets eine ganze Reihe von Kriterien zu beachten. So werden bei der Tarifgestaltung etwa soziale Gesichtspunkte, nämlich die Absicht, bestimmten Personenkreisen das ausgedehntere Telefonieren zu ermöglichen, und wirtschafts- und finanzpolitische Gesichtspunkte, wie die der Werbung und der Steigerung der Einnahmen, gegen verkehrspolitische Gesichtspunkte, nämlich die zeitweilige Blockierung des Netzes, abzuwägen sein. Bei auftretenden Mängeln müssen die Korrekturmöglichkeiten anhand dieser Vorgaben geprüft werden. So wird z.B. die Überlastung des Netzes durch andere Tarifgestaltung oder durch Ausbau des Fernmeldenetzes zu beheben sein. Tritt die Überlastung nur an einigen Engstellen auf, wird der Ausbau mit Vorrang dort betrieben werden müssen. Der soziale Tarif ist beizubehalten. Ist das Netz aber generell überlastet, und ist der Ausbau nur unter erheblichem Zeit- und Geldaufwand möglich, müssen die Korrekturen in der Tarifgestaltung vorgenommen werden, da bestimmte Zielrichtungen der Fernmeldepolitik nicht zu einem (zeitweiligen) Ausfall der Benutzungsmöglichkeiten führen dürfen. Ein "geordneter" Fernsprechdienst ist mindestens ein ständig benutzbarer Fernsprechdienst.

Wie die Ordnung des Telefondienstes also auszusehen hat, ist in jedem Einzelfall abzuwägen. Der DBP bieten sich organisa-

torische, aber auch gesetzliche Gestaltungsmöglichkeiten an. Was im einzelnen möglich ist, ist für den Teilnehmer kaum einmal durchschaubar. Deshalb muß man einen Antrag wie den des Klägers im Ausgangsfall für bestimmt genug halten. Es handelt sich um eine Leistungsklage und nicht um einen Normenkontrollantrag. Denn die Art und Weise, wie der geordnete Telefondienst hergestellt werden sollte, sollte und konnte der DBP aufgrund ihres Ermessensspielraumes nicht vorgeschrieben werden. Die Klage war also entgegen der Ansicht des VG Köln zulässig und wegen der damals tatsächlich gegebenen totalen Überlastung des Netzes auch begründet. Die inzwischen erfolgte Aufhebung des Nachttarifs II bestätigt im Nachhinein die Berechtigung des Klagebegehrens.

4. Die Änderung von Ortsnetzbereichen

Mit der Einführung des Nahdienstes und der Zeitzählung im Ortsdienst[1] verliert eine Streitfrage ganz erheblich an Bedeutung[2], die Rechtsprechung und Literatur sehr beschäftigte, nämlich die Frage nach der Zulässigkeit der Änderung von Ortsnetzbereichen. Die Problematik entstand aus der unterschiedlichen Größe der Ortsnetze. Wer etwa an ein übergroßes Großstadtortsnetz angeschlossen war und im Zuge des nach wirtschaftlichen und technischen Kriterien durchgeführten Ausbaus des Fernmeldenetzes auf ein viel kleineres, nur wenige Teilnehmer umfassendes, ländliches Ortsnetz umgeschaltet werden sollte, wurde von der Umschaltung gegebenenfalls erheblich finanziell getroffen, da für ihn die Möglichkeit, Telefonate als Ortsgespräch zu führen, beträchtlich eingeschränkt wurde. Um hier zu einer besseren Gleichbehandlung aller Fernsprechteilnehmer zu gelangen, wurde letztlich der Nahdienst mit Zeitzählung im Ortsdienst eingeführt.

---

1) Dazu ausführlich Socher, Der Fernsprechnahdienst, Zeitschrift f.d. Post- u.Fernm.wesen 1976,22 ff.
2) Kämmerer/Eidenmüller § 8 FAG Anm.2.

Da somit der Nahdienst der Änderung von Ortsnetzbereichen die Brisanz nehmen wird, sind auch folgerichtig nach der Verwaltungsanweisung Nr. 6 zu § 2 FO Ortsnetzbereichsänderungen grundsätzlich bis zur Einführung des Nahdienstes zurückzustellen. Dann vorzunehmende Ortsnetzänderungen können in Ausnahmefällen aber immer noch die alten Streitfragen aufwerfen, so etwa wenn die Ortsnetzänderung die Zuteilung zu einem anderen Nahbereich nach sich zieht. Deshalb sollen die dabei auftauchenden Probleme im folgenden kurz angesprochen werden.[3]

Die FO enthält keine Bestimmung, aus der sich entnehmen läßt, daß ein Anschluß unverändert bleiben muß. Einigen Vorschriften der FO ist vielmehr zu entnehmen, daß ein Verbleib im ursprünglichen Ortsnetz nicht zugesichert ist. So bestimmt nach § 2 Abs. 3 S. 2 die DBP die Einteilung und Abgrenzung der Ortsnetzbereiche, setzt nach § 5 Abs. 7 die Rufnummern fest und kann nach § 18 Abs. 1 eine Teilnehmereinrichtung aus sachlichen Gründen kündigen, was mit dem Angebot verbunden sein kann, den gekündigten Fernsprechanschluß nach Anschaltung an das andere Ortsnetz erneut zu überlassen.[4] Dementsprechend kommt das BVerwG in einer Entscheidung vom 13. 7. 1973[5] zu der Feststellung, daß ein Fernsprechteilnehmer keinen Anspruch darauf hat, dem gleichen Ortsnetz zugeteilt zu bleiben, an das er zuerst Anschluß hatte. Eine andere Handhabung müßte "zu einer völligen Erstarrung des Telefonnetzes führen"[6].

---

3) Im einzelnen: Urteil des BVerwG v.13.7.1973, VII C 6.72 = BVerwGE 44,1 ff = DVBl 1973,888 = NJW 1974,203 = MDR 1973, 1050. Dem entspricht ein weiteres Urteil d. BVerwG v. 13. 7.1973, VII C 11.72, = Archiv PF 1977,56 ff. Weitere Entscheidungen: OVG Bremen Archiv PF 1978,394 f; OVG Lüneburg Archiv PF 1977,69 ff; HessVGH Archiv PF 1969,90 ff. Einschl. Literatur: Aubert S.160 ff; Klingler Archiv PF 1977,63 ff in einer Anm. zu den Urteilen des BVerwG v. 13. 7.1973; Klingler/Mahler/Müller-Using im Jahrb. d. el.Fernm.-wesens 1973,273.
4) Klingler Archiv PF 1977,66 ff.
5) BVerwGE 44,1 ff.
6) BVerwGE 44,4.

Die Ortsnetzabgrenzung liegt folglich im Ermessen der DBP. Wird es ermessensfehlerfrei ausgeübt, ist die Abgrenzung rechtmäßig. Das BVerwG hat - unter Hinweis auf die damals geltenden Verwaltungsanweisungen zu § 2 FO - Ermessensfehler verneint bei besonderer Betonung der aus technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten notwendigen Neuabgrenzung.[7] Auch das Treueverhältnis zwischen dem Teilnehmer und der DBP führe zu keiner anderen Beurteilung, da auch die DBP "ein wirtschaftliches Unternehmen" sei, das anstreben müsse, "auf seine Kosten zu kommen"[8].

An dieser Entscheidung befriedigt wenig, daß die Interessen des Teilnehmers kaum erwähnt werden, obwohl dieser doch zur DBP in einer Beziehung mit besonderen Rechten und Pflichten steht. Im Ergebnis ist der Meinung des BVerwG aber zu folgen. Fernsprechverkehr ist Massenverkehr. Änderungen in der Organisation müssen stets eine Vielzahl von Teilnehmerverhältnissen berühren. Der Vorteil des einen Teilnehmers kann der Nachteil des anderen sein. Großstadtortsnetze müssen neben ländlichen Ortsnetzen bestehen. In bestimmten Grenzen sind Ungleichbehandlungen unvermeidbar. Wenn in dieser Situation letztlich die technische Entwicklung ausschlaggebend ist für die Abgrenzung der Ortsnetze, so ist das nicht ermessensfehlerhaft.

5. Fernmeldegebührenrechtliche Fragen

a) Fernmeldegebühren und allgemeines Gebührenrecht

Nach dem Geschäftsbericht der DBP für 1977 erzielte die DBP im Fernsprechdienst eine Kostenüberdeckung von knapp 5 Milliar-

---

7) BVerwGE 44,6. Ähnlich heute die Verwaltungsanweisung Nr.7 zu § 2 FO: Eine Änderung ist danach zu beurteilen, ob sie "auf lange Sicht für die wirtschaftliche Gestaltung des öffentlichen Fernsprechnetzes vorteilhaft" ist.
8) BVerwGE 44,7.

den DM, was einem Kostendeckungsgrad von 130 v.H. entspricht. Für 1978 sollen von den Telefonbenutzern bei einem Gebührenaufkommen von 25 Milliarden DM 6,7 Milliarden DM mehr bezahlt worden sein, als der Fernsprechbetrieb kostete.[1] Damit ergäbe sich ein Kostendeckungsgrad von etwa 136,6 v.H. diese erheblichen Gebührenüberschüsse glichen zusammen mit Überschüssen der übrigen Fernmeldedienste, des Telegrafendienstes und des Postsparkassendienstes nicht nur die Verluste der übrigen, defizitären Dienstleistungsbereiche der DBP voll aus. Darüber hinaus verblieben der DBP vielmehr noch beinahe 2 Milliarden DM als Gewinn in 1977[2]. Für 1978 soll der Gewinn bei 2,3 Milliarden DM liegen.[3]

Gebührenüberschüsse im Bereich des Fernsprechwesens wurden in den letzten Jahren ständig erzielt.[4] Diese immer ganz erhebliche Kostenüberdeckung zielte auf eine Einnahmesteigerung der DBP ab mit dem Zweck, defizitäre Dienstleistungsbereiche auszugleichen.[5] So erfolgte insbesondere die Fernsprechgebührenerhöhung von 1964 keineswegs aufgrund von Verbesserungen oder gestiegenen allgemeinen Fernsprechkosten, sondern einzig und allein zu dem Zweck, das Defizit des Posthaushaltes durch höhere Fernsprechgebühren auszugleichen.[6] Gleiches gilt mit Sicherheit für die Gebührenerhöhungen Anfang der Siebzigerjahre, die erfolgten, als die DBP insgesamt mit einer ganz erheblichen Kostenunterdeckung arbeitete, im Fernsprechdienst jedoch nach wie vor eine stattliche Kostenüberdeckung gegeben war. Diesen letzten Erhöhungen waren allerdings höchstrichterliche Entscheidungen[7] vorausgegangen, die den innerbetrieblichen Kostenausgleich der DBP und damit auch Gebührenerhöhungen in kostenüberdeckten Bereichen zum Zwecke des Ausgleichs kostenunterdeckter Bereiche rechtmäßig erscheinen ließen.

---

1) DER SPIEGEL Nr.11 v. 12.März 1979 S.77.
2) Geschäftsbericht der DBP 1977.
3) DER SPIEGEL aaO S.82.
4) Vgl. dazu Tabelle II bei Feigenbutz S.27 ff.
5) Vgl. dazu Tabelle V bei Feigenbutz S.35 und Rupp S.11.
6) Nachweise bei Feigenbutz S.219.
7) Dazu sogleich.

Hier sollen nun nicht alle rechtlichen Aspekte der Fernsprechgebührenbemessung umfassend erörtert werden. Das würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Erlaubt seien jedoch einige grundsätzliche Anmerkungen, da auch nach einigen Entscheidungen des BVerwG[8] und des BVerfG[9] die gebührenrechtlichen Streitfragen für die Bemessung der Fernsprechgebühren keinesfalls als geklärt angesehen werden können.

Das BVerwG äußerte sich mehrfach - stets im Argumentationszusammenhang mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsverordnungsermächtigung des § 14 PostVerwG - zur Frage der Gebührenbemessung und zum Problem des internen Kostenausgleichs der DBP. In seinem Urteil vom 6. Oktober 1967[10] führte es unter dem Aspekt der gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zu fordernden Bestimmtheit des § 14 PostVerwG aus, daß das PostVerwG eine Regelung, nämlich im wesentlichen in § 15 PostVerwG, getroffen habe, bei der sich die Gebührenhöhe "insgesamt aus dem Kostendeckungsprinzip verbunden mit präzisen Vorschriften über die Verwendung zu erzielender Gewinne, deren Höhe durch ihren Zweck limitiert ist,"[11] ergebe. Dazu trete im Einzelfall der Grundsatz der Äquivalenz, der jeder Gebühr immanent sei, d.h. die Gebühr müsse einen Gegenwert für die erbrachte Leistung darstellen.

In einem Urteil vom 3. November 1967[12] bekräftigte das BVerwG die letztgenannte Entscheidung. Und in einem Urteil vom 14. Juni 1968[13] verwies es wiederum auf das Urteil vom 6. Oktober 1967 und führte aus, daß es bei den Defiziten in anderen Dienstzweigen gebilligt werden müsse, daß die Post im Fernsprechdienst durch höhere Gebühren Überschüsse erziele, um die Verluste in anderen Dienstzweigen auszugleichen. Hierzu

---

8) BVerwGE 28,36 ff; Archiv PF 1968,231 ff = MDR 1968, 524; sowie Archiv PF 1969,88 f = DVBl 1969,500 = MDR 1969,168.
9) BVerfGE 28,66 ff.
10) VII C 142.66 = BVerwGE 28,36 ff.
11) BVerwGE 28,48/49.
12) VII C 133.66 = Archiv PF 1968,231 ff = MDR 1968,524 ff.
13) VII C 54.67 = Archiv PF 1969,88 f = DVBl 1969, 500 = MDR 1969,168.

werde sie auch durch § 15 PostverwG ermächtigt. Die Äquivalenz der Grundgebühr wurde mit folgenden Worten begründet und für gewahrt erachtet: "Bei dem hohen Wert, den ein Fernsprecher für seinen Benutzer hat, kann eine Grundgebühr von 18 DM monatlich nicht beanstandet werden."[14]

Das BVerfG hat in seinem Beschluß vom 24. Februar 1970[15], in dem, wie auch bereits in den genannten Entscheidungen des BVerwG, die Verfassungsmäßigkeit des § 14 PostVerwG zu beurteilen war, zur Frage der Bestimmtheit des § 14 PostVerwG ausgeführt, daß nicht noch zusätzliche, ins einzelne gehende gesetzliche Vorschriften über die Eigenkapitalbildung und über den Kostenausgleich zwischen den verschiedenen Dienstzweigen der Post verlangt werden können. "Für einen Betrieb wie die Bundespost, der wegen seiner Monopolstellung verpflichtet ist, auch unwirtschaftliche Dienste anzubieten, kann das jedenfalls nicht gelten. Insoweit ist die Lage der Bundespost keine andere als die der Deutschen Bundesbahn... Für die Bundesbahn hat aber das Bundesverfassungsgericht den innerbetrieblichen Kostenausgleich als gerechtfertigt anerkannt (vgl. BVerfGE 16,147 175)."[16]

Der Hessische VGH erklärte in seinem Urteil vom 25. Juni 1971[17] eine Einrichtungsgebühr von 90 DM zu einer "äquivalente(n) Gegenleistung für die mit der Einrichtung eines Telefonanschlusses für den Teilnehmer verbundenen Vorteile"[18], die keine abschreckende Wirkung auf die Bewerber ausübe. Die monatliche Grundgebühr von 18 DM sei deshalb mit dem Äquivalenzprinzip vereinbar, weil die Möglichkeit, innerhalb des Gebührenzeitraumes von einem Monat jederzeit anrufen und angerufen werden zu können, für den Inhaber eines Fernsprechanschlusses einen Wert darstelle, der zu der Gebühr von 18 DM in keinem Mißverhältnis stehe. Ebensowenig sei das Äquiva-

---

14) Archiv PF 1969,89. Ebenso VG Darmstadt Archiv PF 1970,92.
15) BVerfGE 28,66 ff.
16) BVerfGE 28,87.
17) Archiv PF 1972,471 ff.
18) Archiv PF 1972,476.

lenzprinzip bei dem Tarif für Orts- und Selbstwählferngebühren verletzt. Denn bei der unbegrenzten Sprechmöglichkeit für eine Gebühreneinheit bei Ortsgesprächen könne "von einer Verletzung des Äquivalenzprinzips keine Rede sein"[19]. Und da die Post wegen ihrer Monopolstellung auch unwirtschaftliche Dienste anzubieten habe, sei es ihr jedenfalls nicht verwehrt, einen Kostenausgleich zwischen den verschiedenen Dienstzweigen vorzunehmen.[20]

Falsch wäre es jedoch, anzunehmen, durch diese Entscheidungen, insbesondere durch die des BVerfG, seien die fernmelderechtlichen Streitfragen der Gebührenbemessung und des innerbetrieblichen Kostenausgleichs gelöst. Es wurden nämlich nur Feststellungen getroffen oder wenig überzeugende Begründungsansätze geliefert. Wenn Gerhard Dürig[21] mit Bezug auf die verfassungsgerichtliche Behauptung der Zulässigkeit des innerbetrieblichen Kostenausgleichs schreibt, diese "Feststellung des Gerichts" sollte endlich die immer wieder vorgebrachten "Bedenken gegen den innerbetrieblichen Kostenausgleich beseitigen", oder wenn Klingler meint[22], daß die gebührenrechtliche Zulässigkeit des vom PostVerwG gewollten Ausgleichs zwischen den Dienstzweigen der DBP "kürzer und treffender... nicht formuliert werden" kann, so ist das nicht richtig.

Wenn dann noch kritische Äußerungen zur Gebührenpolitik der DBP unter Hinweis auf die Feststellungen des BVerfG kurz und knapp als unzutreffend bezeichnet werden, und wenn die Vermutung geäußert wird, daß "hinter den massiven Angriffen" sich offensichtlich "das Interesse bestimmter Kreise" verbirgt, denen "die Effektivität und Attraktivität dieser Post-

---

19) aaO S.477.
20) Weitere Gerichtsentscheidungen zur Frage der Äquivalenz von Fernsprechgebühren bei Klingler/Mahler/Müller-Using Jahrb. d. el. Fernm.wesens 1973,253 ff.
21) In der Anm. zum Beschluß des BVerfG Archiv PF 1970,555 ff, 557.
22) In der Anm. zum Urteil des HessVGH Archiv PF 1972, 471 ff, 485.

dienste mißfällt"[23], so ist das als Zeichen dafür zu werten, daß die rechtliche Diskussion nach den eher beiläufig[24] getroffenen Feststellungen des BVerfG zu diesem Problemkreis beendet sein soll. Nicht von ungefähr nennt Gerhard Dürig[25] den Beschluß des BVerfG eine "wirklichkeitsnahe Entscheidung, die den betrieblichen und haushaltsrechtlichen Belangen der DBP gerecht wird". Aber selbst, wenn damit die genannten Belange der DBP gewahrt sein sollten, bleibt doch die Frage, ob diese Entscheidung - wie auch die anderen oben genannten Entscheidungen - auch gebührenrechtlichen Belangen gerecht wird.

Unzutreffend ist die Argumentation des BVerwG, § 15 Abs. 1 PostVerwG, demzufolge die DBP ihren Haushalt so aufzustellen und durchzuführen hat, daß sie die zur Erfüllung ihrer Aufgaben und Verpflichtungen notwendigen Ausgaben aus ihren Einnahmen bestreiten kann, enthalte eine Regelung, wonach sich die Gebührenhöhe "insgesamt aus dem Kostendeckungsprinzip"[26] ergebe. Daß hier das gebührenrechtliche Kostendeckungsprinzip mit dem haushaltsrechtlichen Ausgabendeckungsprinzip durcheinandergebracht wird, entspricht inzwischen der fast allgemeinen Ansicht.[27]

§ 15 PostVerwG enthält den haushaltsrechtlichen Elementarsatz, daß der Haushalt so aufzustellen und durchzuführen ist, daß die Ausgaben aus den Einnahmen bestritten werden können. Eine Ermächtigung zur Erhebung der erforderlichen Einnahmen oder gar eine Inhaltsbestimmung des Rechtsinstituts der Gebühr ist damit jedoch nicht getroffen. § 15 PostVerwG enthält keine Maximen für die Erzielung von Einnahmen.

Genausowenig wie Art. 110 Abs. 1 S. 2 GG etwas über Inhalt, Zweck und Ausmaß des Steuerrechts des Bundes aussagt, genau-

---

23) Kämmerer/Eidenmüller III D Einf.2 (Postbankdienste) mit Bezug auf das Gutachten von Rupp.
24) Rupp S.13.
25) Archiv PF 1970,557.
26) BVerwGE 28,48. Ebenso Külz DVBl 1964,796.
27) Rupp S.16ff; Feigenbutz S.172f; Schmidt Archiv PF 1968, 229; HessVGH Archiv PF 1972,475; Klingler Archiv PF 1972, 484. A.M. Külz DVBl 1964,796.

sowenig kann man aus § 15 PostVerwG Schlüsse auf die Gebührenhandhabung im Postbereich ziehen. Maximen für das materielle Gebührenrecht werden vielmehr vorausgesetzt.[28] Gäbe § 15 PostVerwG Grundsätze für das materielle Gebührenrecht, so müßte, worauf Rupp zu Recht hinweist[29], eine wucherische Gebührenforderung solange ein angemessenes Entgelt darstellen, als es das Defizit in der Haushaltskasse abzudecken hätte.

Unrichtig ist damit auch die Argumentation von Maunz[30], der Grundsatz des § 15 PostVerwG ergänze das Äquivalenzprinzip und mache deutlich, daß nicht auf den einzelnen Benutzer und die einzelne Gebühr abgestellt werden dürfe, da ja das Post- und Fernmeldewesen eine Einheit bilde.

Der Versuch, dem § 15 PostVerwG Grundsätze über die Gebührenbemessung zu entnehmen, kann nur als "verhängnisvoller Irrweg"[31] bezeichnet werden. § 15 PostVerwG ermächtigt die DBP nicht dazu, im Fernsprechdienst durch höhere Gebühren Überschüsse zu erzielen, um die Verluste in anderen Dienstzweigen auszugleichen. § 15 PostVerwG gibt keine materiellen Bemessungskriterien für die Gebührenhöhe. Kriterien können sich allein aus dem materiellen Gebührenrecht ergeben.

Das BVerwG und der Hessische VGH[32] erklären weiterhin, die Festsetzung der Fernmeldegebühren verstoße nicht gegen das Äquivalenzprinzip. Der jeder Gebühr immanente Grundsatz der Äqivalenz besagt, daß die Gebühr eine Gegenleistung für eine besondere Leistung der öffentlichen Hand darstellt und in keinem Mißverhältnis zu dieser Leistung stehen darf.[33] Die Übereinstimmung der Gebührenbemessung mit diesem Grundsatz

---

28) Vgl. Rupp S.16 f.
29) S.20.
30) Der Rechtsbestand des Postverwaltungsgesetzes. Rechtsgutachten. Archiv PF 1968,541 ff,557.
31) Rupp S. 20.
32) Archiv PF 1969,89 und Archiv PF 1972,476.
33) BVerwGE 12,162 ff,166; BVerwGE 28,36 ff,49; HessVGH Archiv PF 1972,476.

wird von der Rechtsprechung ausschließlich festgestellt, aber niemals begründet. Das zugegebenermaßen sehr schwierige Problem, eine Äquivalenz zu begründen, kann aber nicht durch deren abstrakte Behauptung ersetzt werden. Hinweise auf den "hohen Wert, den ein Fernsprecher für den Benutzer hat,"[34] oder auf eine "äquivalente Gegenleistung für... Vorteile"[35] sind beliebig auffüllbare Leerformeln und enthalten keinerlei nachvollziehbare Begründung.[36]

Das Problem ist also, Maßstäbe für eine Wertberechnung der gebührenpflichtigen Postleistungen zu finden, den Wert zu ermitteln - und nicht nur zu behaupten -, den eine bestimmte Leistung der Post besitzt.[37]

Rupp verweist mit Recht darauf[38], daß "die aus einem funktionsfähigen Markt zu gewinnenden Wertindikatoren durch den Marktpreis sofort ihre Aussagekraft (verlieren), wenn es sich um einen oligopolistischen oder gar monopolistischen Markt handelt". Kann der Abnehmer jedoch nicht auf die angebotenen Leistungen verzichten, wäre es abwegig, aus dem Zwang, schließlich fast jeden Preis zahlen zu müssen, auf eine angemessene Relation von erbrachter Leistung und Entgelt zu schließen.[39] Da der Preis als Wertindikator entfällt, müssen andere Kriterien zur Ermittlung eines angemessenen Entgelts herangezogen werden.

Für Rupp ist dafür der Ausgangspunkt "neben Kriterien eines 'Als-ob-Wettbewerbs' oder eines internationalen Vergleichs allemal der kostenorientierte Preis, das heißt der Preis, der dem dem Anbieter entstandenen Kostenaufwand hinsichtlich der angebotenen Leistung entspricht"[40]. Infolgedessen wird

---

34) BVerwG Archiv PF 1969,89.
35) HessVGH Archiv PF 1972,476.
36) Rupp S.13 und Feigenbutz S.186 ff und 195 f.
37) Vgl.auch Leisner S.736,741.
38) S.21.
39) Vgl. auch Leisner S.742 ff.
40) S.22.

das Kostendeckungsprinzip unmittelbar zum Berechnungsprinzip des Entgelts selbst. Das Kostendeckungsprinzip als "das einzige, einigermaßen verläßliche Prinzip der Wertermittlung einer Verwaltungsleistung und damit der Höhe ihrer nicht auf Gewinn abzielenden Gegenleistung in Gestalt der Verwaltungsgebühr"[41], soll die wichtigste Ausprägung des Äquivalenzprinzips sein. "Das Kostendeckungsprinzip... ergibt sich zwingend aus dem Entgeltcharakter der Gebühr und aus der ganz allgemeinen Frage nach operationalen Bemessungskriterien der Angemessenheit eines Entgelts."[42] Die Ermittlung der aufgewendeten Kosten sei schwierig; die Betriebswirtschaftslehre gebe jedoch genügend praktikable Kriterien der Kostenrechnung.[43]

Feigenbutz lehnt eine Wertbestimmung der Leistung nach dem Kostendeckungsprinzip ab. Abgesehen davon, daß dessen Geltungsgrund zweifelhaft sei[44], bestehe das kardinale Problem in der Frage nach der Bezugsgröße des Kostendeckungsprinzips: Den Kosten bzw. dem Aufwand einer Einzelgebührenleistung, der "Gesamtheit" besonderer Leistungen bestimmter Art eines Sachbereichs oder einer Organisationsgesamtheit mehrerer bestimmter Sachbereiche.[45] Der Aussagegehalt des Kostendeckungsgrundsatzes sei damit zu wenig konkret; für die Bemssung der Gebührenhöhe sei damit nichts gewonnen.[46] "Die Kostenzurechnung ohne weitere Entscheidungsregeln als Forderungen des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, deren mathematische Spielräume in der 'Bewertungsfrage' die Theorie schon weitgehend illusorisch macht, läßt die Gebührenbemessung de facto als Symbol dieses Verhältnisses völlig zur Illusion in Anbetracht des Anspruchs des angeblich so exakten Gebührenprinzipes werden."[47]

Da das Äquivalenzprinzip als "Theorem mit sittlich-wertethi-

---

41) S.23.
42) S.23.
43) Auch Leisner S.742.
44) S.178 ff.
45) S.170.
46) S.175 ff und 183 f.
47) S.196.

scher Appell-Funktion" keine "normativ-systematische Gehaltsfunktion" aufweise, sondern "beliebig auffüllbar" sei[48], müsse man, um das Hauptproblem der Bemessung der Gebührenhöhe zu lösen, auf den Charakter der Gebühr als "Individualleistungsersatz"[49] Bezug nehmen. Damit seien dann Gebühren maximal nur solche Geldleistungen, die formal "ausschließlich auf die Bemessung der gesondert angebotenen und beanspruchten Individualleistung einnahme- und ausgabenseitig so exakt als möglich bestimmt sind"[50].[51]

Bemessungskriterien für den Wert einer gebührenpflichtigen Leistung der DBP sind demnach also durchaus zu erhalten. Die Frage ist nur, ob die Praxis darauf wirklich Wert legt. In erster Linie soll doch der innerbetriebliche Kostenausgleich der DBP sichergestellt sein. Seine Zulässigkeit soll darauf beruhen, daß die DBP wegen ihrer Monopolstellung auch unwirtschaftliche Dienste anbieten muß, weshalb es ihr nicht verwehrt sein kann, einen Kostenausgleich zwischen den verschiedenen Dienstzweigen vorzunehmen.[52] Das BVerfG verweist zur Begründung des Kostenausgleichs sogar darauf, daß die Lage der Bundespost keine andere sein könne als die der Bundesbahn, für welche der Kostenausgleich jedoch als gerechtfertigt anerkannt sei.[53]

Ganz abgesehen davon, daß das BVerfG den wohl markantesten Unterschied der Sondervermögen Bundesbahn und Bundespost, nämlich denjenigen der privat- und öffentlich-rechtlichen Benutzungsausgestaltung und der daraus resultierenden unterschiedlichen Finanzierung über privatrechtliche Entgelte und öffentlich-rechtliche Gebühren, mit keinem Wort würdigt[54], überzeugt der Hinweis, die DBP müsse auch unwirtschaftliche Dienste anbieten, in keiner Weise. Denn die unbestreitbare

---

48) S.196.
49) S.252 ff und 267 f.
50) S.268.
51) Ausführungen zur Gebührenbemessung im einzelnen ab S.279.
52) BVerwG Archiv PF 1969,89. HessVGH Archiv PF 1972,477.
53) BVerfGE 28,87.
54) Vgl. dazu Feigenbutz S.153 ff.

Tatsache, daß unwirtschaftliche Dienste anzubieten sind, besagt zwingend noch nichts über die Möglichkeit der Finanzierung dieser Dienste.

Wenn das OVG Hamburg[55] die Kostenüberdeckung im Fernmeldebereich deshalb für zulässig hält, weil "im wohlverstandenen Einklang mit dem Sozialstaatsprinzip" dadurch "sozial schwächere Schichten" begünstigt würden, so ist das eine Aussage, die rechtstatsächlich nicht belegt ist. Die kostenunterdeckt arbeitenden Postbereiche sind sicherlich keine Bereiche, die überwiegend sozial schwächere Schichten bedienen.[56]

Man kommt nicht umhin, festzustellen, daß das Vorgehen der Praxis in bezug auf die Festsetzung der Gebühren in einigen kostenüberdeckten Bereichen folgendermaßen abläuft: Es wird geprüft, welche Überdeckung nötig ist, um bestimmte Kostenausgleichsziele zu erreichen. Ist die Überdeckungshöhe ermittelt, wird gefragt, ob das Äquivalenzprinzip bezüglich der sich dann ergebenden einzelnen Gebühr noch gewahrt ist. Daß dies bei der gegebenen "Präzision" der von der Praxis gehandhabten Wertbestimmung einer gebührenpflichtigen Leistung mit Sicherheit stets der Fall sein wird, dürfte unzweifelhaft sein. Der Maßstab "hoher Wert eines Fernsprechanschlusses"[57] legt diese Vermutung nahe.

Dieses Vorgehen, die Höhe einer Gebühr dann für äquivalent zu erklären, wenn feststeht, daß das Gebührenaufkommen aus den so bemessenen Gebühren es der DBP ermöglicht, Defizite in anderen Postbereichen auszugleichen, widerspricht jedoch bereits im Ansatz dem Wesen der Gebühr. Als Entgelt ist die verwaltungsrechtliche Gebühr immer nur an der von der Verwaltung erbrachten Leistung orientierbar, was seit eh und je unbestritten ist.[58]

---

55) Archiv PF 1969,644.
56) Feigenbutz S.204 ff und 208.
57) BVerwG Archiv PF 1969,89. Ebenso HessVGH Archiv PF 1972, 476 und VG Darmstadt Archiv PF 1970,92.
58) Vgl. Leisner S.731 f, Rupp S.20 und Feigenbutz S.252 ff m.w.N.

Eine Gebühr gilt den Wert einer ganz bestimmten Amsthandlung ab.[59] Nach Feigenbutz[60] sind Gebühren "einnahme- und ausgabenseitig zu einer gesondert angebotenen und beanspruchten Staatsleistung der funktionale Individualleistungs-Ersatz". Dieses Strukturprinzip wird jedoch nicht beachtet, wenn der Postbenutzer über die beanspruchte Individualleistung hinaus mit seiner Gebühr auch überhaupt nicht von ihm beanspruchte Leistungen der Post finanzieren muß. Der Benutzer gilt damit nicht nur eine ganz bestimmte Amtshandlung ab, sondern subventioniert auch gleichzeitig noch andere Postbereiche. Dies ist mit den allgemeinen Gebührengrundsätzen nicht mehr in Einklang zu bringen. Auf solche Weise errechnete Gebühren werden nach Feigenbutz zu "rechts- und verfassungswidrig bemessenen Gebühren"[61]; nach Rupp[62] und Leisner[63] werden Gebühren, die zur Erzielung haushaltsmäßiger Deckungsmittel für defizitäre Dienstzweige eingesetzt werden, zu Steuern. Zur Erhebung einer Poststeuer ermächtige Art. 80 Abs. 2 GG jedoch mit Sicherheit nicht.[64]

Festzuhalten ist also, daß die praktizierte Gebührenpolitik der DBP nicht rechtens ist. Die Absicht des Gesetzgebers, alle Dienste der DBP durch Gebühreneinnahmen finanzieren zu lassen, was in § 14 PostVerwG eindeutig zum Ausdruck gebracht ist, erfordert die Anwendung gebührenrechtlicher Grundsätze bei der Bemessung der Postgebühren. Erscheinen bestimmte Maßnahmen, wie etwa der innerbetriebliche Kostenausgleich, als wünschenswert, so ist deren Zulässigkeit nach den Regeln des Gebührenrechts zu beurteilen und nicht das Gebührenrecht diesen Maßnahmen anzupassen. Sind aber bestimmte, politisch erwünschte Maßnahmen bei Beachtung gebührenrechtlicher Grundsätze nicht durchführbar, muß überlegt werden, ob die Postdienste nicht anders als durch die Erhebung von Gebühren fi-

---

59) Leisner S.731 f.
60) S.268.
61) S.296.
62) S. 24.
63) S. 732 ff und 747.
64) Rupp S.24.

nanziert werden sollen. Man beschreitet jedoch den falschen Weg, wenn man das allgemeine Gebührenrecht den Bedürfnissen der DBP anzupassen versucht.

Ein innerbetrieblicher Kostenausgleich, der dadurch ermöglicht wird, daß im Fernmeldewesen Gebührenüberschüsse erzielt werden, die Verluste in anderen Dienstzweigen ausgleichen können, ist damit aus gebührenrechtlicher Sicht unzulässig. Ein solcher Kostenausgleich verstößt gegen das Erfordernis der speziellen Leistungsbezogenheit der Gebühr. Der Benutzer, der kostenüberdeckend bemessene Gebühren zu bezahlen hat, entrichtet einen Teil des Entgelts für gar nicht in Anspruch genommene Leistungen. Diese Zielrichtung der Gebührenbemessung, die zur Unzulässigkeit der Gebührenerhebung in Höhe der überdeckenden Spanne führt, läßt sich nicht durch die Behauptung der Äquivalenz von Postleistung und Benutzungsentgelt gebührenrechtlich rechtfertigen. Bereits der Ansatz, Defizite in bestimmten Postbereichen durch überhöhte Gebühreneinnahmen in anderen Postbereichen ausgleichen zu wollen, macht deutlich, daß gegen gebührenrechtliche Grundsätze verstoßen wird.

b) Fernmeldegebühren, Restgebühren im Konkursfall

Als Gegenleistung für die besondere von ihm veranlaßte Inanspruchnahme der Leistungen der DBP schuldet der Fernsprechteilnehmer der DBP Gebühren. Diese sind in erster Linie in der umfangreichen Anlage 3 (Fernmeldegebührenvorschriften) zur FO festgelegt, auf welche § 53 FO ausdrücklich Bezug nimmt. Als Teil der FO hat die Gebührenfestsetzung damit Rechtsverordnungscharakter. Außerdem bestimmt aber noch § 13 Abs. 1 S. 4 FO, daß Gebühren im Sinne der FO auch Telegrammgebühren sind, die durch die Fernmelderechnung eingezogen werden, sowie Vorschüsse (§ 13 Abs. 2 FO), Ersatzbeträge (§ 12 Abs. 6 FO), Abgaben und Säumniszuschläge (§ 13 Abs. 4 FO). Gebühren sind weiterhin auch die Restgebühren nach den §§ 19 und 24 FO, die bei vorzeitiger Aufgabe von Teilnehmer-

einrichtungen, für die eine Mindestüberlassungsdauer vereinbart war, zu entrichten sind. Gebühren und Kosten, die von der DBP im Rahmen des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes erhoben werden, unterliegen dagegen nicht den gebührenrechtlichen Vorschriften der FO.[1]

Umstritten waren lange Zeit die gebührenrechtlichen Folgen der Kündigung des Teilnehmerverhältnisses durch den Konkursverwalter im Falle des Konkurses über das Vermögen des Teilnehmers, wenn für die Fernmeldeanlagen eine Mindestüberlassungsdauer vereinbart, jedoch noch nicht abgelaufen war.[2] War in diesem Fall die Kündigung als vorzeitige Aufgabe von Teilnehmereinrichtungen (§ 19 FO) anzusehen mit der Folge, daß Restgebühren geschuldet wurden, oder mußte diese Kündigung nach § 19 KO beurteilt werden mit der Folge, daß nur Ersatz des nachweisbar entstandenen Schadens verlangt werden konnte?

Der BGH[3] führte im Jahr 1963 aus, daß bei vorzeitiger Kündigung der Teilnehmereinrichtungen durch den Konkursverwalter kein Anspruch auf Restgebühren bestehen könne. Es sei vielmehr ein Schadensersatzanspruch gegeben, wie ihn § 19 S. 3 KO vorsehe. Denn dem § 19 KO sei zu entnehmen, daß eine Belastung der Konkursmasse durch Dauerschuldverhältnisse soweit wie möglich zu vermeiden sei. Ein Schaden müsse deshalb nachgewiesen werden. Das pauschale Verlangen von Restgebühren genüge dem nicht. Dieser Entscheidung war nach der damals geltenden FO, in welcher es keine besonderen Normierungen für den Fall des Konkurses gab, voll zuzustimmen.

Heute bestimmt § 19 Abs. 5 FO, daß im gerichtlichen Vergleichs- und im Konkursverfahren über das Vermögen des Teilnehmers Teilnehmereinrichtungen, deren Mindestüberlassungsdauer noch nicht abgelaufen ist, vorzeitig aufgegeben werden

---

1) Aubert S.212.
2) RGZ 115,271. BGHZ 39,35 ff.
3) BGHZ 39,38.

können durch Kündigung gemäß § 51 Abs. 2 VerglO oder § 19 S. 1 KO. "Werden Teilnehmereinrichtungen durch den Vergleichsschuldner oder Konkursverwalter vorzeitig aufgegeben ..., so sind als Schadenersatz für die der Deutschen Bundespost entgangenen monatlichen Gebühren (§ 52 Abs. 1 Vergleichsordnung; § 19 S. 3 Konkursordnung) Restgebühren zu entrichten."

§ 19 Abs. 5 FO enthält also eine Spezialregelung zu § 19 KO. Die Kündigung wird fernmelderechtlich als vorzeitige Aufgabe von Teilnehmereinrichtungen angesehen, und als Schadensersatz im Sinne des § 19 S. 3 KO kann die DBP für die ihr entgangenen Gebühren Restgebühren entsprechend der in der FO vorgesehenen Höhe[4] geltend machen, jedoch nur bei vorzeitiger Aufgabe durch den Vergleichsschuldner oder Konkursverwalter. Kündigt die DBP, können Restgebühren nicht geltend gemacht werden.[5]

Dieser Restgebührenanspruch ist allerdings, wie auch ein Gebührenanspruch, der vor Konkurseröffnung entstanden ist, eine einfache Konkursforderung (§ 61 Abs. 1 Nr. 6 KO).[6] Das Vorrecht öffentlicher Abgaben (§ 61 Abs. 1 Nr. 2 KO) kommt den Fernsprechgebühren nicht zu. Denn öffentliche Abgaben im Sinne von § 61 Abs. 1 Nr. 2 KO sind nach ganz h.M. nur Steuern und steuerähnliche Abgaben, nicht dagegen Abgaben, die eine Gegenleistung für Leistungen der öffentlichen Hand darstellen.[7]

Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, daß Gebühren, die nach Konkurseröffnung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist entstehen, Masseschulden sind (§ 59 Abs. 1 Nr. 2 KO). Das gleiche gilt für die Gebühren, die nach Konkurseröffnung entstanden sind, wenn der Konkursverwalter von seinem Kündi-

---

4) §§ 19 Abs.1 bis 3 und 24 Abs.1 FO.
5) Aubert S.243 f.
6) So richtig Aubert S.244. Zu Unrecht a.A. Kämmerer/Eidenmüller Anm.8 zu § 9 FAG.
7) BGHZ 10,312 = NJW 1953,1785 f. Böhle/Stamschräder KO 12. Aufl. § 61 Anm.5a und Aubert S.244.

gungsrecht nicht Gebrauch gemacht hat, sondern das Teilnehmerverhältnis weiter bestehen ließ.[8]

Werden privat vermietete Fernsprechnebenstellenanlagen nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Teilnehmers und nach Kündigung der Mietverträge durch den Konkursverwalter vom Vermieter abgebaut, ist der vertragliche Anspruch des Vermieters auf Erstattung der durch die Abholung der Mietsache entstandenen Kosten nicht etwa Masseschuld nach § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO, sondern nur einfache Konkursforderung.[9] "Dem Wortlaut des Gesetzes nach mag die Forderung... unter § 59 I Nr. 2, 2.Alt. KO eingeordnet werden können, dem Sinn dieser gesetzlichen Regelung nach jedoch nicht."[10] Denn § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO soll gewährleisten, "daß derjenige, der gem. § 19 KO seine vollwertige Leistung weiterhin zur Masse gewähren und sie der Masse damit zugute kommen lassen muß, die dafür zu entrichtende volle Gegenleistung erhalten... soll"[11]. Der Vermieter, der eine Sache abbaut, erbringt jedoch keine der Masse zugute kommende Leistung, sondern wickelt lediglich das Mietverhältnis ab.

c) Gebührenschuldner

Nach § 13 Abs. 1 FO sind Gebührenschuldner zum einen die Teilnehmer, außerdem aber auch diejenigen, die neben diesen für die Gebührenschuld haften. Mehrere Gebührenschuldner haften als Gesamtschuldner.

Nach § 10 Abs. 3 FO können Teilnehmer werden

"1. natürliche Personen,
2. juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts,

8) Zum Ganzen Aubert NJW 1952,732 f.
9) BGH NJW 1979,310.
10) BGH aaO.
11) BGH aaO.

3. nichtrechtsfähige Handelsgesellschaften, Erbengemeinschaften oder nichtrechtsfähige Vereine,
4. Bundes-, Landes-, Bezirks-, Kreis- oder Ortsverbände einer politischen Partei oder Gewerkschaft."

Nach § 10 Abs. 4 S. 1 FO können "mehrere gemäß Absatz 3 Nr. 1 bis 4... gemeinsam als Gesamtschuldner Teilnehmer werden (Teilnehmergemeinschaft)". Als Teilnehmer gelten dann aber nicht die Mitglieder oder Gesellschafter von Teilnehmergemeinschaften oder Teilnehmern nach Abs. 3 Nr. 2 bis 4 (§ 10 Abs. 4 S. 3 FO). Die Haftung dieser Mitglieder oder Gesellschafter kann also keine Teilnehmerhaftung sein. Möglich ist aber eine Haftung nach sonstigen Vorschriften. Die neben der Teilnehmerhaftung bestehende Haftung kann sich aus Vorschriften der FO (z.B. § 10 Abs. 4 S. 1 und 3, § 18 Abs. 4 S. 3) oder aus Bestimmungen des bürgerlichen Rechts (z.B. §§ 1967, 419 BGB, 128 HGB) ergeben.

Durch die Fassung der §§ 13 Abs. 1 und 10 Abs. 4 S. 1 und 3 i.V.m. Abs. 3 FO ist heute eindeutig geklärt, was im Jahre 1965 durch den BGH entschieden werden mußte[1]: Ein Kommanditist einer Kommanditgesellschaft, die Fernsprechteilnehmerin ist (§ 10 Abs. 3 Nr. 3 FO), haftet dann nicht für die Gebührenschulden der KG, wenn er seine Einlage voll erbracht hat (§ 171 Abs. 1 HGB). Denn die Vorschriften der FO begründen keine über § 171 Abs. 1 HGB hinausgehende Haftung des Kommanditisten für die von der KG geschuldeten Fernsprechgebühren. Der Kommanditist haftet nämlich weder als Teilnehmer, der er ja gemäß § 10 Abs. 4 S. 3 FO nicht ist, noch als sonst Verpflichteter.

---

1) BGH in LM FernsprechO Nr. 5 = MDR 1965, 361 = BB 1965, 303.

d) Die äußere Form der Fernmelderechnung

Die DBP macht ihre Gebührenansprüche durch Übersendung der Fernmelderechnung an den Zahlungspflichtigen geltend. Keine Verletzung der Grundrecht des Fernsprechteilnehmers liegt vor, wenn die DBP in Fernmelderechnungen, die ausnahmslos durch EDV-Anlagen erstellt werden, den Umlaut "ö" im Namen des Rechnungsempfängers mit "oe" wiedergibt.[1] Diese technisch bedingte Schreibweise kann von niemandem als Diskriminierung oder Abwertung oder als unwürdige Unterordnung des Menschen unter eine Maschine empfunden werden.

Ein Fernsprechteilnehmer begehrte von der DBP auf der Fernmelderechnung die Angabe des bei Beginn und am Ende des jeweiligen Ablesungszeitraumes festgestellten Standes des auf der Vermittlungsstelle befindlichen, seinem Anschluß zugeordneten Gesprächszählers, damit er nachprüfen könne, ob die seiner Fernmelderechnung zugrunde gelegten Gebühreneinheiten tatsächlich angefallen sind. Als die DBP dieses Verlangen ablehnte, erhob der Fernsprechteilnehmer Klage, die jedoch abgewiesen wurde. Auch seine Berufung blieb ohne Erfolg.[2]

Das Kernproblem ist die Frage, ob und in welchem Umfang die DBP die mit der Fernmelderechnung geltend gemachten Forderungen begründen muß. Bezüglich der Orts- und Selbstwählferngebühren fehlt eine detaillierte Aufschlüsselung. Es wird lediglich das Schlußresultat einer automatischen Rechenoperation, nämlich die Anzahl der Gebühreneinheiten und der Gebührenbetrag, mitgeteilt.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof[3] hielt die Rechnung für hinreichend begründet, weil man ersehen könne, für welche

1) BVerwGE 31,236=DÖV 1969,576 sowie die Berufungsinst.HessVGH DÖV 1968,356; anders die 1.Instanz VG Frankfurt DVBl 1966,383.
2) Urteile des VG Ansbach und des BayVGH in Archiv PF 1968, 107 ff.
3) Archiv PF 1968,108.

Leistungen die Gebühr gefordert werde. Aubert stimmt dem zu und verweist außerdem auf wirtschaftliche Gesichtspunkte: "Je unkomplizierter und damit kostensparender die Technik ist, desto preiswerter kann die DBP ihre Leistungen anbieten."[4] Gegen diese Argumentation bestehen erhebliche Bedenken.

Die Fernmelderechnung stellt einen belastenden Verwaltungsakt dar.[5] Grundsätzlich muß jeder belastende Verwaltungsakt als Folge der Rechtsschutzgewährung des Art. 19 Abs. 4 GG begründet werden, um dem Betroffenen eine Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob er gegen diesen Verwaltungsakt mit Erfolg gerichtlich vorgehen kann. Positivrechtlich ist dieser Begründungszwang in § 39 VwVfG niedergelegt. Diese Vorschrift findet zwar wegen § 2 Abs. 3 Nr. 4 VwVfG keine unmittelbare Anwendung. Der ihr zugrunde liegende Rechtsgedanke ist jedoch für jedes Verwaltungshandeln beachtlich. Läßt sich aus der Fernmelderechnung also ersehen, für welche "Leistungen" der DBP Gebühren erhoben werden?

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof bejaht das. Er setzt die Leistung der DBP gleich mit der Anzahl der Gebühreneinheiten. Diese Erklärung der Leistung erscheint zu eng. Die Anzahl der Gebühreneinheiten ergibt letztlich nur den Gesamtumfang dessen an, was den Leistungen als Berechnungsmaßstab zugrunde liegt. Leistung der DBP ist aber die Ermöglichung der Herstellung und die Herstellung von Telefonverbindungen. Nur so ist konkret die Leistung der DBP zu verstehen. Reduziert man "Leistung" auf "Anzahl der Gebühreneinheiten", hat man bereits einen Grad von Abstraktion erreicht, der nicht mehr erkennen läßt, was tatsächlich "geleistet" wurde. Gespräche können doppelt berechnet worden sein und deshalb dem Leistungsmaßstab "Gebühreneinheiten" den Leistungsbezug nehmen. Die Beschreibung des Bayerischen VGH für das, was "Leistung" der DBP sein soll, erscheint deshalb bedenklich.

---

4) S.209.
5) Aubert S.208; BayVGH Archiv PF 1968,108.

Außerdem wird die Ansicht, die Fernmelderechnung sei mit der Angabe der Gesamtzahl der Gebühreneinheiten ausreichend begründet, aber auch dem Grundgedanken der Begründungspflicht nicht gerecht. Eine Nachprüfung der Richtigkeit der Forderungen ist nämlich anhand der Fernmelderechnung nicht möglich. Wenn der Bayerische VGH den Teilnehmer darauf verweist, er könne seine Bedenken ja gegenüber der DBP geltend machen und gegebenenfalls den Rechtsweg beschreiten[6], so verlangt er vom Teilnehmer ein Vorgehen "auf Verdacht", was die Begründungspflicht doch gerade verhindern soll.

Der Inhalt der Fernmelderechnung genügt also nicht den rechtlichen Anforderungen an eine Begründung eines Verwaltungsaktes. Aber auch das Preisargument von Aubert ist sehr zweifelhaft. Einmal wäre erst zu prüfen, was eine aufgeschlüsselte Abrechnung an Mehrkosten verursachen würde. Dabei wird die ausgezeichnete Gewinnsituation der DBP im Fernmeldebereich eine Rolle bei der Antwort auf die Frage spielen, ob die DBP sich diese Mehrkosten leisten kann. Zum anderen aber muß man an dem Preisargument zweifeln, wenn man in Betracht zieht, daß insgesamt billigere Fernsprechdienste Abrechnungen anbieten, die bedeutend präziser sind als die der DBP. So weist etwa die monatliche Abrechnung eines privaten amerikanischen Fernsprechdienstes (Pacific Telephone) gesondert die Grundgebühr, die Kosten für Ferngespräche über größere Entfernungen, die Kosten für Ferngespräche im näheren Bereich und die Kosten für Ortsgespräche aus. Die Ferngespräche werden auf einem besonderen Blatt aufgeschlüsselt nach Datum, Uhrzeit, Dauer, Ort, der angerufen wurde, und Telefonnummer des angerufenen Teilnehmers. Die Kosten jedes einzelnen Ferngesprächs, bzw. - im näheren Bereich - die Anzahl der Gebühreneinheiten pro Gespräch, werden ebenfalls mitgeteilt. Die Leistungen des Telefondienstes sind unschwer nachzuprüfen. Und trotz des größeren Aufwandes bei der Erstellung der Abrechnung bieten die amerikanischen Fernsprech-

6) Archiv PF 1968,108.

dienste sehr billig an. Eine überprüfbare Ausgestaltung einer Abrechnung braucht deshalb nicht zu einer untragbaren Verteuerung zu führen.

Schließlich zeigt auch noch folgende Überlegung die Unzulänglichkeit der Fernmelderechnung. Wickelte die DBP den Fernsprechdienst privatrechtlich ab, so würde man einhellig den Inhalt der Fernmelderechnung für unzureichend erklären, eben wegen fehlender Nachprüfbarkeit. Ein privater Unternehmer kann selbstverständlich nicht unter Berufung auf seine niedrigen Preise eine nachprüfbare Begründung seiner Forderungen verweigern. Weshalb aber für die DBP etwas anderes gelten soll, nur weil sie das Fernsprechverhältnis öffentlich-rechtlich abwickeln kann, ist nicht einzusehen. Zwingende öffentliche Interessen sprechen jedenfalls nicht für einen Verzicht auf Nachprüfbarkeit.

e) Die Höhe des Gebührenanspruchs der DBP

Der soeben erörterten Frage nach der notwendigen Begründung der Fernmelderechnung schließt sich die praktisch wichtigste, die Gerichte am häufigsten befassende Frage an, nämlich ob die Rechnung sachlich richtig ist, ob also nicht etwa die DBP mehr Gebühren in Rechnung gestellt hat, als tatsächlich angefallen sind.

aa) Die Fernmelderechnungen werden durch EDV-Anlagen erstellt. Dabei erfolgt die Erfassung der Gebühren durch den dem Fernsprechteilnehmer zugeordneten besonderen Gebührenzähler, der in der Vermittlungsstelle eingerichtet ist und die Zahl der Gebühreneinheiten für alle Orts- und Ferngespräche summiert und anzeigt. Die Zählerstände der einzelnen Fernsprechanschlüsse werden in einem festgelegten Abrechnungsrhythmus einmal monatlich mit einer Spezialkamera fotografiert, in den Rechenzentren der DBP ausgewertet und zusammen mit anderen Datenträgern, die Adressen und feste Gebühren enthalten, in EDV-Anlagen eingegeben, wo Schnell-

drucker schließlich die Fernmelderechnungen ausdrucken.[1]

Die Anzahl der Zeiteinheiten wird dadurch ermittelt, daß bei Gesprächsbeginn der durch die hergestellte Verbindung ausgelöste Impuls den zentralen, ununterbrochen laufenden Zeittaktgeber des Amtes automatisch in die Leitung des Anrufenden einschaltet. Bei dieser Technik ergibt sich, daß je nach dem Zeitpunkt des Zustandekommens einer Verbindung innerhalb eines Zeittaktes nur ein Bruchteil der ersten Zeiteinheit ausgenutzt wird. Entsprechendes gilt für das Ende eines Gespräches.[2] Dabei werden Bruchteile der gemessenen Zeiteinheiten als volle Zeiteinheiten erfaßt (FGV 7.1., zu Nr. 1 bis 11 Anm. 3). Eine bessere Anpassung der Zeittaktzählung wäre nur unter erheblichem technischen und finanziellen Aufwand möglich, welcher sich nicht unerheblich auf die Gebührengestaltung der DBP auswirken müßte.[3]

Die Funktionsfähigkeit und die Präzision der automatischen Zähleinrichtungen der DBP werden mit besonderer Sorgfalt überwacht. Nach den Untersuchungen der DBP liegt die Fehlerquote, die nur durch mechanische Beschädigungen des Zählwerks oder durch zusätzliche oder fehlende Zählimpulse hervorgerufen werden kann, "weit unter 1 v.H. der ermittelten Gebühreneinheiten"[4]. Diese mögliche Fehlerquote wird von der DBP automatisch berücksichtigt. Denn nach der FGV 7.1. Anm. 3 S. 3 zu Nr. 1 bis 11 wird dem Teilnehmer grundsätzlich auf die Summe der Gesprächsgebühren, die sich aus der Zahl der erfaßten Gesprächsgebühreneinheiten ergibt, ein Nachlaß von 1 v.H. gewährt. Das heißt, dem Fernsprechteilnehmer wird in jeder Fernmelderechnung nur der um 1 v.H. verringerte Gebührenbetrag in Rechnung gestellt.

---

1) Dazu Kämmerer/Eidenmüller § 9 FAG, Vorbem. Nach Auskunft des Fernmeldeamtes Stuttgart werden die entwickelten Filme mindestens drei Jahre aufbewahrt, Unterlagen zur Auswertung der Filme bis zu 10 Jahren.
2) Näheres bei LG Karlsruhe NJW 1958,1929 f.
3) LG Karlsruhe NJW 1958,1929.
4) Kämmerer/Eidenmüller § 9 FAG (Vorbem.). Konkretere Angaben waren nicht zu erhalten.

bb) Dieser typische, praktisch störungsfreie Geschehensablauf führt dazu, daß die DBP, die wie jeder Gläubiger im Streitfall die tatsächlichen Voraussetzungen ihres Anspruchs beweisen muß[5], sich darauf berufen kann, daß das Ergebnis ihrer automatischen Gebührenzählung richtig ist. Fehlen konkrete Anhaltspunkte, die für eine fehlerhafte Zählung der Gebühreneinheiten sprechen, dann ist der Beweis des ersten Anscheins für die Richtigkeit der den Gebührenforderungen zugrundeliegenden Tatsachen erbracht. Das ist in Literatur[6] und Rechtsprechung[7] seit langem anerkannt.

Der Beweis des ersten Anscheins[8] mildert die Beweislast. In Fällen formelhaften, typischen Geschehensablaufs, das heißt in Fällen, in denen ein gewisser Tatbestand feststeht, der nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder einen bestimmten Ablauf hinweist, braucht der Beweispflichtige nur diesen Geschehensablauf darzutun. Sache dessen, der einen vom gewöhnlichen Verlauf abweichenden Gang des Geschehens behauptet, ist es sodann, die ernstliche Möglichkeit eines solchen Ganges darzulegen.

Die Umstände, unter denen die DBP ihre Gebührenrechnungen erstellt, stellen einen solchen typischen Geschehensablauf dar, aus dem auf die Richtigkeit der Tatsachen, die die Gebührenforderung begründen, geschlossen werden kann. Diesen Beweis des ersten Anscheins zu erschüttern, ist äußerst schwierig. Es gelingt weder durch das Vorliegen eines sogenannten Gebührensprungs noch mit der Hilfe eines privaten Gebührenanzeigers.

---

5) Dies folgt eindeutig aus § 13 Abs.10 S.2 FO, wonach der Teilnehmer bei der Geltendmachung von Erstattungsansprüchen eine unrechtmäßige Gebührenerhebung nur dann zu beweisen hat, wenn er seine Einwendungen nicht innerhalb bestimmter Fristen, § 13 Abs. 6 FO, erhoben hat.

6) Aubert S.210; Kämmerer/Eidenmüller § 9 FAG Vorbem.; Klingler/Mahler/Müller-Using Jahrb.d.el.Fernm.wesens 1973,258ff.

7) AG Koblenz Archiv PF 1977,88; VG Hamburg Archiv PF 1970,89 ff; VG Düsseldorf Archiv PF 1969,633;VG Darmstadt Archiv PF 1969,637; VG Kassel Archiv PF 1969,638; VG Hamburg Arch.PF 1969,640; Zahlreiche weitere Nachweise bei Klingler/Mahler/Müller-Using Jahrb.d.el.Fernm.wesens 1973,258ff.

8) Vgl. RGZ 130,359 und BGHZ 2,5.

cc) Einen Gebührensprung nennt man eine nicht unerhebliche Gebührenerhöhung im Vergleich zu früheren oder nachfolgenden Fernmelderechnungen. Dessen Vorliegen allein kann jedoch zahlreiche Gründe haben, die nicht durch falsche Gesprächseinheitenzählung der DBP verursacht sein müssen. Der Teilnehmer kann besonders viele Ferngespräche geführt haben, oder es können Gespräche vom Apparat des Teilnehmers aus geführt worden sein, ohne daß dies dem Teilnehmer bekannt war.

Die Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs ist deshalb weder dadurch klargelegt, daß der Teilnehmer beweist, daß er in der Zeit, in der bestimmte Gespräche registriert wurden, ortsabwesend war, noch durch die Behauptung, er kenne die Fernsprechteilnehmer der registrierten Gespräche überhaupt nicht.[9] Solange der Teilnehmer keinen Beweis dafür antritt, daß es ausgeschlossen war, daß Dritte vom Apparat aus telefoniert haben, ist der Beweis des ersten Anscheins nicht erschüttert. Die bloß theoretische Möglichkeit einer Fehlerquelle entkräftet den Anscheinsbeweis nicht.[10]

dd) Aber auch der beim Fernsprechteilnehmer installierte Gebührenanzeiger, der dem Teilnehmer die für die einzelnen Gespräche entstandenen Gebühreneinheiten angibt, ist nicht geeignet, die ernstliche Möglichkeit eines fehlerhaften Zählvorgangs durch die DBP zu begründen. Denn dieser Gebührenanzeiger ist nicht in dem Maße gegen äußere Einwirkungen geschützt, wie das beim Gebührenzähler in der Vermittlungsstelle der Fall ist. Er wird nicht in gleicher Weise wie der amtliche Gebührenzähler gewartet und überprüft. Der Zeitpunkt der Erfassung der Gebührenzählerstände in der Vermittlungsstelle und beim Teilnehmer wird in der Regel nicht übereinstimmen, und Irrtümer beim Ablesen und bei der Berechnung der aufgekommenen Gebühreneinheiten sind nicht auszuschliessen.[11]

---

9) AG Koblenz Archiv PF 1977,88.
10) VG Hamburg Archiv PF 1969,642.
11) Kämmerer/Eidenmüller § 9 FAG Vorbem.; AG Koblenz Archiv PF 1977,88.

Wenn aber schon der private Gebührenanzeiger den Anscheinsbeweis nicht erschüttern kann, so muß dies erst recht für die Benutzung einer Telestoppuhr und das private Führen einer Telefonstrichliste durch den Teilnehmer gelten, da deren Handhabung in weit höherem Maße Eingriffs- und Manipulationsmöglichkeiten bietet.[12]

ee) Gelingt es jedoch, den Anscheinsbeweis zu erschüttern, was zum Beispiel dadurch geschehen kann, daß nachgewiesen wird, daß in einem bestimmten Zeitraum, in dem Gebühren angefallen sein sollen, vom Fernsprechanschluß aus keinerlei Gespräche geführt wurden, oder auch dadurch, daß Arbeiten an Fernsprechleitungen nachweisbar sind, die möglicherweise Störungen hervorgerufen haben können, wird es der DBP in aller Regel unmöglich sein, einen Nachweis für die vom Teilnehmer geführten Gespräche zu erbringen. In diesem Fall ist dann aber auch die tatsächliche Anzahl der entstandenen Gesprächsgebühreneinheiten nicht feststellbar. Gleiches gilt, wenn es sich von Amts wegen ergibt, daß die Anzahl der in Rechnung gestellten Gesprächsgebühreneinheiten unrichtig sein muß, so wenn etwa durch die DBP festgestellt wird, daß Zähleinrichtungen nicht richtig funktioniert haben.

Was in solchen Fällen dem Teilnehmer berechnet wird, bestimmt die FGV 7.1., Anm.10 zu Nr. 1 bis 11. Danach wird dann, wenn die richtige Anzahl Gesprächsgebühreneinheiten nicht feststellbar, aber von normaler Benutzung auszugehen ist, aus den unbeanstandet gebliebenen Zählergebnissen der letzten zusammenhängenden sechs planmäßigen Abrechnungszeiträume das Durchschnittsergebnis für einen Abrechnungszeitraum ermittelt. Bei Anschlüssen mit kürzerer Überlassungsdauer müssen entsprechend weniger Abrechnungszeiträume herangezogen werden. Das so ermittelte Ergebnis tritt dann an die Stelle des beanstandeten Zählergebnisses. Zuviel berechnete Gebühren werden erstattet, zuwenig berechnete werden nachgefordert.

12) VG Hamburg Archiv PF 1970,89 ff.

ff) Aber nicht nur die Forderung von Gesprächsgebühren, sondern auch die Forderung fixer Grundgebühren (z.B. Grundgebühren für Hauptanschlüsse, für Sprechapparate besonderer Art und für Zusatzeinrichtungen bei einfachen Hauptstellen) kann unberechtigt sein. Insbesondere dann, wenn Teilnehmereinrichtungen aus Gründen des öffentlichen Wohls vorübergehend stillgelegt (§ 12 Abs. 9 FO) oder aus nicht vom Teilnehmer zu vertretenden Ursachen funktionsunfähig geworden sind, möchte man annehmen, daß fixe Gebühren für die Zeit der Unbenutzbarkeit nicht erhoben werden. Ein Teilnehmer, dessen Anschluß "tot" ist, wird selbstverständlich denken, in dieser Zeit keinerlei Gebühren zu schulden.

Nach § 13 Abs. 9 FO ist die Rechtslage aber anders. Gebühren werden danach nämlich erstattet

1. wenn Teilnehmereinrichtungen nach § 12 Abs. 9 in vollem Umfang stillgelegt worden sind, für die Dauer der Stilllegung,

2. wenn Teilnehmereinrichtungen aus technischen, nicht vom Teilnehmer zu vertretenden Ursachen betriebsunfähig geworden sind und die Unterbrechung, nachdem sie der DBP bekanntgeworden ist, länger als 7 Tage gedauert hat, für die Dauer der Unterbrechung. Voraussetzung ist ein Antrag des Teilnehmers.

Das bedeutet, daß zum einen Gebühren ausnahmslos geschuldet, dann aber unter ganz bestimmten, engen Voraussetzungen möglicherweise erstattet werden. Zum anderen aber verlangt die Erstattung von Gebühren im Falle der Betriebsunfähigkeit einer Teilnehmereinrichtung, daß die Unterbrechung - nach der Anzeige an die DBP - mehr als 7 Tage andauert, und daß ein Antrag auf Gebührenerstattung gestellt wird.

Ein Leistungsverweigerungsrecht des Teilnehmers besteht also selbst dann nicht, wenn die Betriebsunfähigkeit von der

DBP zu verantworten ist.[12a] Sind Gebühren zu erstatten, so erfolgt dies in der Regel durch Gutschrift in der Fernmelderechnung (§ 13 Abs. 10 S. 3 FO).

Mit einer Gebührenerstattung für die Zeit der Nichtverwendung seines Funkfernsprechanschlusses rechnete auch ein Teilnehmer, dessen Autotelefon einen Totalschaden des Kraftwagens heil überstanden hatte.[13] Die Klage des Teilnehmers wurde aber zurecht zurückgewiesen, denn der Funkfernsprechanschluß war nicht betriebsunfähig geworden. Fahrzeug und Autotelefon bildeten keine untrennbare Einheit. Das Telefon konnte jederzeit in ein anderes Fahrzeug eingebaut werden. Eine Gebührenerstattung kam deshalb nicht in Betracht.

gg) Da die DBP Gesprächsgebühren in der Fernmelderechnung nur für einen zurückliegenden Zeitraum abrechnen kann, ist sie insoweit gezwungenermaßen vorleistungspflichtig. Um das daraus möglicherweise entstehende Risiko von Gebührenausfällen zu verringern, ist die DBP berechtigt, von Teilnehmern unter bestimmten Voraussetzungen (§ 13 Abs. 2 FO) die Zahlung eines Vorschusses zu verlangen.

So kann bei nicht fristgemäßer Begleichung einer Fernmelderechnung dann, wenn ein Gebührenrückstand schon zu einer Sperre geführt hat, die nicht länger als 12 Monate zurückliegt, ein Vorschuß in doppelter Höhe der letzten planmäßigen Fernmelderechnung verlangt werden. Aber auch in sonstigen Fällen, in denen die Gefahr von Gebührenausfällen besteht, kann vom Teilnehmer ein Vorschuß in angemessener Höhe gefordert werden. Außerdem kann die DBP bei erheblichen Vorleistungen ihrerseits Vorschüsse bis zur Höhe der voraussichtlich entstehenden Gebühren beanspruchen.

12a) Zum Grundsatz, daß das Geltendmachen von Gegenrechten die Pflicht zur Zahlung öffentlicher Abgaben grundsätzlich nicht hinausschieben kann, vgl. unten Abschnitt IV 5 f.

13) BayObLG Archiv PF 1975,613.

Vorschüsse haben Sicherungsfunktion. Wenn ein Teilnehmer auf Anfordern der DBP einen Gebührenvorschuß geleistet hat und später mit der Begleichung seiner Fernmelderechnung in Rückstand kommt, braucht deshalb die DBP die Gebührenschuld nicht mit dem Vorschuß zu verrechnen, solange keine endgültige Beendigung des Teilnehmerverhältnisses beabsichtigt ist.[14] Denn wenn die DBP den Vorschuß mit der Gebührenschuld verrechnen würde, wäre die Situation erreicht, daß ein neuer Vorschuß angefordert werden könnte und müßte, um die weitere Gefahr von Gebührenausfällen zu vermeiden. Durch eine Verrechnung würde also die Sicherung der DBP vereitelt werden[15], was nicht beabsichtigt sein kann. Ein Vorschuß stellt eben nicht die Bezahlung der nächsten Fernmelderechnung dar, sondern muß die Forderungen der DBP absichern, solange die Gefahr von Gebührenausfällen besteht.

f) Einwendungen gegen Gebührenforderungen

Die oben angeschnittene Erstattungsregelung ist eine Folge der fernmelderechtlichen Normierung der Art und Weise, in der Beanstandungen gegen Gebührenforderungen vorzubringen sind. Dazu bestimmt § 13 Abs. 6 FO, daß Einwendungen gegen eine Fernmelderechnung nur schriftlich und unter Beifügung der Rechnungsunterlagen innerhalb eines Monats, nachdem die Fernmelderechnung dem Teilnehmer bekannt gegeben worden ist, bei der zuständigen Fernmelderechnungsstelle erhoben werden können. Im Falle unverschuldeter Verhinderung, diese Frist einzuhalten, können die Einwendungen innerhalb von zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses nachgeholt werden. Jedoch ist spätestens nach einem Jahr seit Ablauf der einmonatigen Frist die Erhebung von Einwendungen ausgeschlossen. Hervorzuheben ist, daß nach § 13 Abs. 6 S. 4 FO durch die Erhebung von Einwendungen die Pflicht des Teilnehmers zur Entrichtung seiner Gebühren nicht berührt wird.

---

14) VG Hannover Archiv PF 1966,632.
15) VG Hannover aaO.

Diese Monatsfrist für die Geltendmachung von Einwendungen ist der Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO nachempfunden. Da die Fernmelderechnung materiellrechtlich ein Verwaltungsakt ist, ist eine Einwendung gegen sie ein Widerspruch. Eine Besonderheit ergibt sich nun aber daraus, daß § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG Rechtsstreitigkeiten über die Gebührenzahlungspflicht den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung zuweist. Damit muß sich auch das Vorgehen gegen die Fernmeldegebühren nach den Verfahrensvorschriften der ZPO richten. Die ordentliche Gerichtsbarkeit kennt aber kein den §§ 68 ff VwGO entsprechendes Vorverfahren. Deshalb ist, soweit es sich um gebührenrechtliche Einwendungen handelt, die Einhaltung der Monatsfrist wie überhaupt die Erhebung der Einwendungen gegenüber der Fernmelderechnungsstelle keine Voraussetzung für die Zulässigkeit einer gebührenbezogenen Klage. Der Verwaltungsakt "Fernmelderechnung" genießt hinsichtlich seines gebührenrechtlichen Inhalts keine Bestandskraft in dem Sinne, daß er nach Ablauf der Einwendungsfrist des § 13 Abs. 6 S. 1 FO unanfechtbar wäre. Entsprechenden Klagen braucht deshalb kein "Widerspruchsverfahren" vorauszugehen.

Dennoch ist die Nichteinhaltung der Monatsfrist für gebührenrechtliche Einwendungen nicht folgenlos. § 13 Abs. 10 S. 2 FO bestimmt nämlich, daß nach Ablauf dieser Frist zu Unrecht erhobene Gebühren nur erstattet werden, wenn der Teilnehmer die unrechtmäßige Erhebung beweist. Bei Nichterhebung der Einwendungen innerhalb der Monatsfrist kehrt sich also die Beweislast um.[1]

Eine Ausschlußfrist für einen gebührenrechtlichen Erstattungsanspruch enthält § 13 Abs. 11 FO. Danach erlischt - nicht nur verjährt![2] - ein Erstattungsanspruch, wenn er nicht bis zum Ablauf des zweiten Kalenderjahres geltend gemacht wird, das auf die Entrichtung der zu erstattenden Gebühren folgt.

---

1) Vgl. Aubert S.215 f und 233.
2) Eine entsprechende Regelung enthält § 232 AO.

Die Erhebung von Einwendungen ist also form- und fristgebunden und begründet für den Teilnehmer kein irgendwie geartetes Zurückbehaltungsrecht (§ 13 Abs. 3 S. 3 FO). Diese Regelung ist jedoch nicht außergewöhnlich, denn sie entspricht allgemeinen, öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundsätzen. Als Verwaltungsakt ist die Fernmelderechnung nämlich zunächst einmal von der Bekanntgabe an wirksam.[3] Da durch diesen Verwaltungsakt öffentliche Abgaben, zu denen auch die Fernmeldegebühren gehören[4], angefordert werden, käme Rechtsbehelfen gegen ihn nach § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zu, läßt man einmal die Rechtswegzuweisung des § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG außer Betracht. § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO soll verhindern, daß durch Rechtsbehelfe, die sich später als unbegründet erweisen, den öffentlichen Haushalten auf möglicherweise lange Zeit Einnahmen entzogen werden und dadurch eine ordnungsgemäße Haushaltsplanung unmöglich gemacht wird.[5] Materiellrechtlich stellen Einwendungen gegen eine Fernmelderechnung aber einen Widerspruch gegen einen Verwaltungsakt dar, mit dem Abgaben gefordert werden. Die Regelung in § 13 Abs. 3 S. 3 FO entspricht also dem, was allgemein für Einwendungen gegen die Erhebung öffentlicher Abgaben zu gelten hat und ist nicht zu beanstanden. Weil § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG gebührenrechtliche Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung zuweist, und weil deshalb die VwGO nicht das Verfahren regelt, muß in § 13 Abs. 3 S. 3 FO der Rechtsgedanke zum Ausdruck gebracht werden, der dem § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zugrunde liegt. Der Teilnehmer ist deshalb auch dann, wenn er Einwendungen erhoben hat, verpflichtet, die ihm berechneten Gebühren zu entrichten. Gegebenenfalls hat er einen Anspruch auf Rückerstattung zuviel bezahlter Gebühren.[6]

---

3) Rechtsgedanke des § 43 Abs.1 S.1 VwVfG.
4) HessVGH Archiv PF 1975,484; OVG Münster Archiv PF 1972, 462. Vgl. auch Kopp, VwGO, § 80 Anm.8a.
5) Vgl. Eyermann/Fröhler, VwGO, § 80 Rdnr.20 mit weiterem Nachweis.
6) BVerwGE 13,133 = DÖV 1962,109 = DVBl 1962,377 = Archiv PF 1962,107; OVG Münster Archiv PF 1975,502.

Eine dem § 80 Abs. 4 VwGO (Aussetzung der Vollziehung bei Einlegung des Widerspruchs) entsprechende Regelung sieht § 13 Abs. 6 S. 5 FO vor, wonach die DBP den beanstandeten Teil des Rechnungsbetrages der Fernmelderechnung bis zur Entscheidung über die Einwendung des Teilnehmers gebührenfrei stunden kann.

g) Die Sperre von Teilnehmereinrichtungen

aa) Die Sperre von Teilnehmereinrichtungen ist in § 20 FO geregelt. Sie dient dazu, sicherzustellen, daß der Teilnehmer seine ihm gegenüber der DBP obliegenden Verpflichtungen beachtet.[1] Eine Sperre setzt entweder voraus, daß ein Gebührenschuldner mit Gebühren im Rückstand ist (§ 20 Abs. 1), oder daß der DBP Umstände bekannt werden, aus denen sich die Gefahr von Gebührenausfällen ergibt (§ 20 Abs. 2), oder daß ein Teilnehmer gegen andere Bestimmungen der FO als die gebührenrechtlichen verstößt (§ 20 Abs. 3).

Die weitaus häufigste Sperre wegen Gebührenrückständen[2] hat im einzelnen folgende Voraussetzungen: Der Teilnehmer oder derjenige, der für die Gebührenschuld haftet, darf trotz Erinnerung mit Hinweis auf eine mögliche Sperre, welche nach § 13 Abs. 3 FO frühestens am achten Tag nach Absendung der nicht bezahlten Fernmelderechnung erfolgen darf, am Tage vor Absendung der folgenden planmäßigen Fernmelderechnung seinen Zahlungsverpflichtungen aus der vorhergehenden Rechnung noch nicht nachgekommen sein, und der Gebührenrückstand muß mindestens 70 DM betragen. Unter bestimmten Voraussetzungen, so z.B. wenn eine Einziehungslastschrift oder ein Scheck nicht eingelöst oder ein Vorschuß nicht rechtzeitig entrichtet wird, ist die vorherige Erinnerung entbehrlich (§ 20 Abs. 1 S. 2).

---

1) Aubert S.219. Die - sehr seltene - Sperre auf Antrag des Teilnehmers, § 12 Abs.3 FO, soll hier außer Betracht bleiben.

2) Vgl. z.B. OVG Lüneburg Archiv PF 1975,496; OVG Münster Archiv PF 1975,500; VGH Bremen DÖV 1960,74f; VG Hannover Archiv PF 1966,632; zahlreiche weitere Nachw. in Archiv PF 1972,462ff.

Bei mehrmaliger Verletzung der Gebührenpflicht oder bei Verletzung anderer Vorschriften der FO, so etwa bei mißbräuchlicher Benutzung eines Anschlusses für anonyme Störanrufe[3], oder auch dann, wenn ein Teilnehmer versucht, einen Anschluß unter Umgehung der Vorschriften der FO zu "verkaufen", kann die DBP in dringenden Fällen, insbesondere bei Gefahr im Verzuge, schließlich sogar ohne vorherige Ankündigung Teilnehmereinrichtungen sperren (§ 20 Abs. 3).

Eine Sperre der Teilnehmereinrichtung wegen Gebührenrückstandes ist auch dann rechtmäßig, wenn der Teilnehmer auf Anfordern der DBP einen Gebührenvorschuß geleistet hat, später aber mit der Begleichung seiner Fernmelderechnung in Rückstand gekommen ist.[5] Wie bereits oben[6] ausgeführt wurde, ist es kein Argument gegen die Zulässigkeit der Sperre, die DBP müsse den Vorschuß mit der Gebührenschuld verrechnen. Damit seien dann alle Gebührenrückstände ausgeglichen, eine Sperre wegen Gebührenrückstandes folglich unzulässig. Eine Verrechnung braucht nämlich deshalb nicht zu erfolgen, weil dadurch die Sicherung der DBP durch den Vorschuß vereitelt werden würde.[7]

Wie bei jedem Eingriff in die Rechte des Staatsbürgers ist auch bei der Verhängung der Sperre von der DBP der "Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels"[8] zu beachten. Der BGH[9] sah deshalb zurecht eine Sperre als rechtswidrig an, die von der DBP über alle - insgesamt acht - Fernsprechanschlüsse eines Teilnehmers mit einem durchschnittlichen Gebührenanfall von monatlich rund 1000 DM, die unstreitig bis-

---

3) OLG Köln NJW 1970,1856 = MDR 1970,698.
4) VG Minden Archiv PF 1966,628.
5) VG Hannover Archiv PF 1966,632.
6) IV. 5. e) gg).
7) VG Hannover aaO.
8) BVerfGE 23,127(133).
9) NJW 1964,41ff.

her regelmäßig und pünktlich gezahlt worden waren, verhängt worden war, während nur ein "ganz geringfügiger Rechnungsbetrag"[10] offenstand. Die aus der Sperrung sich ergebenden wirtschaftlichen Nachteile für den Fernsprechteilnehmer standen in keinem Verhältnis zum Interesse der DBP, ein Anwachsen der Gebührenschuld zu verhindern, zumal die Möglichkeit irgendeines schuldlosen Versehens des Teilnehmers nicht auszuschließen war, ja sogar sehr nahe lag.

Die heutige Fassung des § 20 Abs. 1 FO trägt hinsichtlich der Sperrung wegen Gebührenrückstandes dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dadurch Rechnung, daß zum einen der Gebührenrückstand mindestens 70 DM betragen muß, zum anderen aber auch nach einer "Erinnerung mit Hinweis auf die Folgen" dem Teilnehmer noch geraume Zeit verbleibt, die Gebühren zu bezahlen. Der Gebührenschuldner wird von der Sperre also keineswegs überrascht. Damit ist dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der maschinellen Abwicklung des fernmeldedienstlichen Massenverkehrs insofern Rechnung getragen, als generelle Schranken eingebaut sind, die eine Einzelfallprüfung überflüssig machen.[11] Eine Gefahr von Gebührenausfällen (§ 20 Abs. 2) und ein Verstoß gegen Vorschriften der FO (§ 20 Abs. 3) läßt sich dagegen nicht generell beschreiben. Die gesetzliche Regelung verlangt deshalb, daß eine Sperre in diesen Fällen erst nach Prüfung des Einzelfalles angeordnet wird.

bb) Die amtliche Überschrift von § 20 FO "Leistungsverweigerungsrecht (Sperre)" und die Formulierung im ersten Absatz, wonach die DBP "weitere Leistungen durch Sperre der Teilnehmereinrichtungen verweigern" kann, stellt heute klar, daß es sich bei der Sperre um ein Leistungsverweigerungsrecht der DBP und nicht etwa um eine Maßnahme des Verwaltungszwanges im Sinne des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes handelt.[12]

10) BGH NJW 1964,42.
11) Vgl. Aubert S.224.
12) Heute h.M. Vgl. Aubert S.220; Klingler Archiv PF 1972, 467ff. OVG Lüneburg Archiv PF 1975,496; VGH Bremen DÖV 1960,74f. S. auch Wolff/Bachof III § 160 Rnr.24. A.A. HessVGH und VG Frankfurt Archiv PF 1972,465 ff.

Die sachliche Begründung liegt darin, daß die Sperre weder der Vollstreckung von Geldforderungen dient - mag sie auch mittelbar Teilnehmer zu Zahlungen veranlassen, wie dies ja auch bei privatrechtlichen Zurückbehaltungsrechten der Fall sein kann - noch Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen erzwingt.

Dies läßt sich jedoch nicht damit begründen, daß man - wie Aubert[13] - sagt, dem Teilnehmer werde nicht aufgegeben, die Benutzung von Teilnehmereinrichtungen zu unterlassen, vielmehr sei er durch die Abschaltung faktisch hierzu nicht mehr in der Lage. Auch Klingler[14] gibt keine Begründung, wenn er schreibt, durch die Sperre werde dem Teilnehmer nicht durch Verwaltungsakt eine Handlung, Duldung oder Unterlassung auferlegt, da der Teilnehmer aus faktischen Gründen nicht mehr in der Lage sei, zu telefonieren, Verwaltungszwang zur Durchsetzung eines auf Duldung gerichteten Verwaltungsaktes aber nur dort in Frage komme, wo der Verpflichtete die Entscheidungsmöglichkeit habe, ob er dulden wolle oder nicht.

Denn einmal muß klar unterschieden werden zwischen einer Maßnahme des Verwaltungszwanges i.S.d. VwVG und der Voraussetzung für eine Maßnahme des Verwaltungszwanges. Wenn gesagt wird, es sei für eine Vollstreckung kein Raum[15], bzw. es werde überhaupt keine Pflicht auferlegt, die durch Maßnahmen des Verwaltungszwanges durchgesetzt werden könne[16], so wird damit nur gesagt, daß der Verwaltungsakt "Sperre" nicht vollstreckt zu werden braucht. Dies ist richtig, da die Sperre als tatsächlicher, gestaltender Vollzugsakt mit unmittelbarer Rechtswirkung gegenüber dem Teilnehmer das Teilnehmerverhältnis verändert, ohne damit ein Gebot oder Verbot zu verknüpfen, weshalb eine Vollstreckung weder möglich noch nötig ist.[17]

---

13) S.220.
14) Archiv PF 1972,469.
15) Aubert S.220.
16) Klingler Archiv PF 1972,469.
17) Vgl. VG Hannover Archiv PF 1966,632. Wolff/Bachof I § 47 I a; Forsthoff AT S.199; Redeker/von Oertzen § 42 Rnr.68 für die Einstellung der Stromlieferung; Eyermann/Fröhler

Es ist aber kein Argument dafür, daß keine Maßnahme des Verwaltungszwanges vorliegt, sondern nur eine Erklärung dafür, daß die Sperre keine Grundlage für eine Verwaltungsvollstrekkung abgeben kann.

Der Erklärungsversuch liegt also im Vorfeld der Verwaltungsvollstreckung, bezieht sich auf Voraussetzungen der Verwaltungsvollstreckung, nicht aber auf die Verwaltungsvollstrekkung selbst, und trifft damit nicht den Kern des Problems. Offen bleibt, weshalb die Sperre nicht im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung als Maßnahme unmittelbaren Zwanges, die zu einer Unterlassung (des Telefonierens) zwingt, angesehen werden könnte. Dies müßte dann allerdings bedeuten, daß die Sperre als Zwangsmaßnahme rechtswidrig wäre, da die Voraussetzungen für Verwaltungszwangsmaßnahmen, insbesondere für unmittelbaren Zwang,[18] aber auch die Voraussetzungen eines "sofortigen Vollzugs", § 6 Abs. 2 VwVG, wohl in kaum einem Fall gegeben sein dürften.

Um den vereinzelt behaupteten Charakter der Sperre als Verwaltungszwangsmaßnahme zu widerlegen, muß man anders argumentieren. Auszugehen ist davon, daß im wirksamen Rechtsverhältnis zwischen der DBP und dem Fernsprechteilnehmer die DBP grundsätzlich verpflichtet ist, ständig den Anschluß des Teilnehmers betriebsbereit zu halten. Sperrt sie den Anschluß, so leistet sie einfach nicht. Das hat mit einer Vollstreckung gar nichts zu tun, da es in diesem Augenblick nichts zu vollstrecken gibt. Auch derjenige, der privatrechtlich zu leisten verpflichtet ist und ein Zurückbehal-

---

§ 42 Rnr.15 a und Ule S.140. Unrichtig ist es, in der Sperrung einen Realakt zu sehen, so aber OVG Lüneburg Archiv PF 1975,496. Unrichtig auch HessVGH Archiv PF 1975,487, wonach die sofortige Vollziehung einer Sperre, um rechtmäßig zu sein, nur aufgrund schriftlichen Verwaltungsaktes mit gleichzeitiger Anordnung der sofortigen Vollziehung möglich sein soll. Es wird verkannt, daß ein gestaltender, also unmittelbar wirkender Verwaltungsakt vorliegt, der keiner Vollziehung bedarf.

18) Vgl. dazu im einzelnen Wolff/Bachof III § 160 Rnr.10 bis 13 und 19.

tungsrecht ausübt, hält ja nur mit seiner Leistung zurück und versucht nicht etwa zu vollstrecken. Der Gedanke, die Sperre als Vollstreckungsmaßnahme anzusehen, berücksichtigt nicht, daß die DBP im Fernsprechverhältnis ständig Leistungen erbringt. Verweigert sie diese, vollstreckt sie nicht. Denn Vollstreckung bedeutet Durchsetzung eigener Ansprüche und nicht etwa Nichterfüllung fremder Ansprüche.

Es ist deshalb nicht richtig, die Rechtmäßigkeit der Vollziehung der Sperre an den Grundsätzen des VwVG, insbesondere an den §§ 6 und 13, zu messen.[19] Denn in der Sperrung des Teilnehmeranschlusses liegt die Ausübung eines besonderen fernmelderechtlichen Leistungsverweigerungsrechtes der DBP und nicht etwa eine vollstreckungsrechtliche Maßnahme.[20] Der VGH Bremen[21] hat deshalb zurecht entschieden, daß während des Vergleichsvorverfahrens im Sinne der §§ 11 bis 15 VerglO die DBP berechtigt ist, den Fernsprechanschluß ihres Teilnehmers, des Vergleichsschuldners, zu sperren. Als schlichte Weigerung, künftig Leistungen zu erbringen, wird die Sperre von möglichen Anordnungen des Vergleichsgerichts, Zwangsvollstreckungen einstweilen einzustellen (§ 13 VerglO), nicht berührt. Wie jedem gewöhnlichen Vergleichsgläubiger kann es aber auch der DBP nicht verwehrt sein, dem künftigen Vergleichsschuldner Leistungen zu verweigern, soweit Rechtsnormen sie dazu berechtigen.

cc) Die Sperre stellt eine sehr einschneidende Maßnahme gegen den Teilnehmer dar. Sie macht ihm nicht nur die Benutzung seiner Fernmeldeeinrichtungen unmöglich, sondern kann auch dazu führen, daß von dritter Seite Rückschlüsse auf die

---

19) So aber HessVGH und VG Frankfurt, beide Archiv PF 1972, 465ff.

20) So im Erg.die h.M. OVG Lüneburg, Archiv PF 1975,496. Aubert S.220; Klingler Archiv PF 1972,467ff und 1975, 498f. Vgl. auch Wolff/Bachof III § 160 Rnr.24, wonach "Maßnahmen zur Sicherung...sonstiger leistender Verwaltung (Lieferungssperre nicht lebenswichtiger Lieferungen)" keine Verwaltungszwangsmaßnahmen darstellen.

21) DÖV 1960,74f.

Kreditwürdigkeit des Teilnehmers gezogen werden. Da nicht ausgeschlossen werden kann, daß bei der Verhängung oder Aufrechterhaltung einer Sperre der DBP Fehler unterlaufen[22], ist es von erheblicher Bedeutung, auf welche Weise sich der Teilnehmer gegen die Sperrung seines Anschlusses zur Wehr setzen kann.

Da die Sperre ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt ist, ist Rechtsschutz nach den allgemeinen, für alle Verwaltungsakte geltenden Regeln zu erreichen.

Vor Verhängung der Sperre wird eine vorbeugende Unterlassungsklage[23] wenig Erfolg haben. Sie wird in der Regel bereits unzulässig sein, da das Rechtsschutzinteresse fehlen wird. Denn hier besteht grundsätzlich die Möglichkeit, das Ziel der Klage auf einfachere Weise, nämlich durch einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO, zu erreichen[24]. Der Teilnehmer, der glaubt, daß die DBP zu Unrecht seinen Anschluß sperren wird, kann beim Verwaltungsgericht den Erlaß einer einstweiligen Anordnung beantragen.[25]

Ein Antrag, die angedrohte Sperre zu untersagen, wird aber regelmäßig als unbegründet abzulehnen sein[26], da die einstweilige Anordnung die endgültige Entscheidung nicht vorweg nehmen darf[27], es sei denn, die Effektivität des Rechtsschutzes erfordere eine solche Anordnung zwingend, da die sonst zu erwartenden Nachteile für den Antragsteller unzumutbar wären[28]. Letzteres allerdings dürfte auf Fernsprechteilnehmer, denen

---

22) Vgl. nur BGH NJW 1964,41ff oben unter aa, aber auch Hess-VGH Archiv PF 1975,487, wo eine Sperre trotz Bezahlung aller Gebührenrückstände geraume Zeit nicht aufgehoben wurde.

23) Vgl. Redeker/von Oertzen § 42 Rnr.162 und Kopp § 42 Anm.3 a.E. jeweils mit weiteren Nachweisen.

24) Redeker/von Oertzen § 123 Rnr.9.Kopp Vorbem.9 vor § 40.

25) Aubert S.223.

26) Vgl. OVG Münster Archiv PF 1975,494ff.

27) Vgl. Redeker/von Oertzen § 123 Rnr.1ff.Kopp § 123 Anm.4.

28) Kopp § 123 Anm.4 mit weiteren Nachweisen.

eine Anschlußsperre bevorsteht, in aller Regel nicht zutreffen. So wurde ein Antragsteller, dem wegen Gebührenrückstandes die Sperre angekündigt worden war, und der beantragte, der DBP durch einstweilige Anordnung die Verhängung der Sperre zu untersagen, zurecht darauf verwiesen, er könne die relativ niedrige Gebührenschuld begleichen, dadurch die Sperre abwenden und auf dem üblichen Wege gegen die Gebührenforderung Einwendungen erheben.[29]

Nicht anfechtbar ist die "Erinnerung mit Hinweis auf die Folgen" (§ 20 Abs. 1), bzw. die "kurzfristige Ankündigung" (§ 20 Abs. 2 und 3), durch welche jeweils die DBP auf die bevorstehende Sperrung eines Anschlusses aufmerksam macht. Diese Ankündigungen stellen lediglich den Erlaß eines Verwaltungsaktes in Aussicht, sind damit dann aber selbst keine Verwaltungsakte und deshalb nicht anfechtbar.[30]

Nach Verhängung der Sperre kann der Teilnehmer gegen diese Widerspruch einlegen. Dieser Widerspruch hat aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO). Will die DBP nach Einlegung des Widerspruchs die Sperre aufrecht erhalten, muß sie nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung besonders anordnen. Dabei ist nach § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung schriftlich zu begründen.

Die Voraussetzungen einer Anordnung der sofortigen Vollziehung werden in aller Regel gegeben sein, da das Interesse der DBP an der Vermeidung von finanziellen Vorleistungen bei der Gefahr des Ausfalls, der verzögerten Zahlung oder der Beitreibungsbedürftigkeit von Fernsprechgebühren ein besonderes öffentliches Interesse im Sinne von § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO darstellen wird.[31] Denn § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, wonach

---

29) OVG Münster Archiv PF 1975,494 und Archiv PF 1966,550ff.
30) Redeker/von Oertzen § 42 Rnr.52. Kämmerer/Eidenmüller § 9 FAG Anm.1. Aubert S.223.
31) Vgl. HessVGH Archiv PF 1975,484 u. Aubert S.221.

bei der Anforderung öffentlicher Abgaben generell die aufschiebende Wirkung entfällt, macht deutlich, daß das finanzielle Interesse der öffentlichen Hand grundsätzlich ein besonderes öffentliches Interesse darstellt.[32]

Gerichtlichen vorläufigen Rechtsschutz gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung kann der Fernsprechteilnehmer nach § 80 Abs. 5 VwGO erreichen, indem er beantragt, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs - möglicherweise gegen eine entsprechende Sicherheitsleistung (§ 80 Abs. 5 S. 4 VwGO) - wiederherzustellen.[33] Unrichtig dagegen ist es, die Frage des Rechtsschutzes gegen eine Sperrung nach § 123 VwGO zu beurteilen. Denn nach dessen Absatz 5 gelten die Vorschriften der Absätze 1 bis 4 nicht für die Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsaktes.[34]

Im Entwurf eines Gesetzes über die Unternehmensverfassung der DBP war eine Bestimmung vorgesehen, wonach dann, wenn Benutzungsordnungen die Berechtigung der DBP enthielten, wegen Nichtzahlung der Gebühren die weitere Benutzung ihrer Einrichtungen zu verweigern, Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte, die solche Maßnahmen zum Gegenstand hätten, keine aufschiebende Wirkung haben sollten.[35] Damit würde nach § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO mit Inkrafttreten dieser Vorschrift der Suspensiveffekt des Widerspruchs gegen die Sperre entfallen. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO wäre überflüssig. Die Beratungen dieses Gesetzes konnten in der siebten Legislaturperiode jedoch nicht einmal im Bundestagsausschuß für Verkehr und Post abgeschlossen werden.[36] Ein Inkrafttreten dieses Gesetzes ist damit nicht abzusehen.

---

32) Klingler Archiv PF 1972,470.
33) HessVGH Archiv PF 1975,484; VG Köln, OVG Münster, VG Frankfurt und VG Freiburg in Archiv PF 1972,462ff. Klingler Archiv PF 1972,470.
34) Falsch deshalb HessVGH Archiv PF 1972,465.
35) Vgl. Aubert S.221 Fn. 919.
36) Vgl. Schulz, Bericht aus Bonn in ZRP 1976,228.

h) Die Beitreibung der Fernmeldegebühren

Vorbemerkung: Auf die Streitfragen, die sich bezüglich des Rechtsweges bei Streitigkeiten im Rahmen des Fernsprechverhältnisses und bezüglich der damit zusammenhängenden Frage nach der Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung wegen Gebührenforderungen aus der Regelung der §§ 9 Abs. 1 FernmG, 9 Abs. 3 PostG und 1 Abs. 2 VwVG ergeben, soll gesondert in Abschnitt VII eingegangen werden. Hier sollen mit der h.M. ausgehend von der Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung nur einige Fragen der Durchführung der Verwaltungsvollstrekkung angeschnitten werden.

Der gesetzlichen Regelung zufolge können Fernmeldegebühren nach h.M. nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz beigetrieben werden. Denn nach § 9 Abs. 1 S.1 FernmG gelten für die Beitreibung von Gebühren der DBP aus der Benutzung ihrer Fernmeldeanlagen die Vorschriften über die Beitreibung von Postgebühren. Für diese bestimmt § 9 Abs. 3 S. 1 PostG, daß sie nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz beigetrieben werden können. Damit richtet sich die Vollstreckung grundsätzlich nach Vorschriften der Abgabenordnung (§ 5 Abs. 1 VwVG).

Die entscheidende Frage ist, welche Maßnahmen im Verwaltungsvollstreckungsverfahren Verwaltungsakte darstellen und damit anfechtbar sind, bzw. welche Maßnahmen als innere Angelegenheiten der Verwaltung keiner Anfechtung unterliegen.

Als ein Fernsprechteilnehmer wegen des Antrags der DBP beim zuständigen Amtsgericht, ihm den Offenbarungseid abzunehmen, Anfechtungsklage erhob, führte das BVerwG aus[1], daß weder die Vollstreckungsanordnung noch der Vollstreckungsauftrag im Sinne des § 3 Abs. 1 VwVG, noch das Ersuchen um Vornahme von Vollstreckungshandlungen durch andere Behörden Verwaltungsakte seien, die mit der Anfechtungsklage angefochten

1) NJW 1961,332.

werden könnten.[2] Das ist richtig, da diese Maßnahmen, die nicht bekannt gegeben werden müssen, innere Angelegenheiten der Verwaltung darstellen. Sie enthalten damit keine unmittelbare Regelung. Werden sie dem Betroffenen bekannt gegeben, sind sie nur Mitteilungen, die den Erlaß bestimmter Verwaltungsakte in Aussicht stellen.[3]

Dagegen sind die Androhung, die Festsetzung[4] und die regelnde Anwendung eines Zwangsmittels, wie zum Beispiel eine Sachpfändung[5], Verwaltungsakte, da sie unmittelbare Regelungen, im Falle der Sachpfändung eine Entscheidung über die Art und Weise der Vollstreckung, enthalten.[6] Androhung und Festsetzung stellen mit Außenwirkung gegenüber dem Betroffenen fest, daß ein Gebot nicht befolgt wurde, und schaffen damit die Voraussetzungen für die eigentlichen Vollstreckungsmaßnahmen.[7]

Mit einer Anfechtungsklage können nur Einwendungen erhoben werden, die die Zulässigkeit und Begründetheit der Androhung, Festsetzung oder Anwendung des Zwangsmittels selbst betreffen, und nicht etwa solche, die sich auf die Grundlage, den Anlaß der Vollstreckung beziehen.[8]

Die von der h.M. bejahte Frage nach der Zulässigkeit der Vollstreckungsabwehrklage in entsprechender Anwendung des § 767 ZPO gegen die Vollstreckung eines unanfechtbar gewordenen Verwaltungsaktes[9] spielt bei den Leistungsbescheiden der DBP, mit denen Fernmeldegebühren geltend gemacht werden, keine Rolle.[10] Denn da der Leistungsbescheid "Fernmelde-

---

2) Ebenso VG Regensburg Archiv PF 1958,377.
3) BVerwG aaO; VG Regensburg aaO; Redeker/von Oertzen § 42 Rnr.52 und Aubert S.32.
4) VG Münster Archiv PF 1966,80ff.
5) BVerwG aaO.
6) Wolff/Bachof III § 160 Rdnr.31.
7) Vgl. Aubert Archiv PF 1966,82f.
8) Aubert S.38.
9) Dazu OVG Münster JZ 1965,366ff mit zust.Anm.v.Rupp; BVerwG NJW 1967,1976ff; Wolff/Bachof III § 160 Rdnr.31 mit weiteren Nachweisen.
10) Aubert S.40.

rechnung" nach § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG der Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte unterliegt, sind für diese Nachprüfung allein die Verfahrensvorschriften der ZPO maßgebend. Die Fernmelderechnung kann deshalb nicht wie sonstige Verwaltungsakte bestandskräftig werden, sondern kann ohne Rücksicht auf die Vorschriften der VwGO, insbesondere ohne Berücksichtigung einer Widerspruchs- oder Klagefrist (§§ 70 und 74 VwGO), vor den ordentlichen Gerichten angefochten werden.

V. Die Beendigung des Teilnehmerverhältnisses

1. Verstoß gegen die Gebührenzahlungspflicht

§ 20 FO regelt zwei Modalitäten der Beendigung des Fernsprechverhältnisses im Falle von Gebührenrückständen. Ist eine Teilnehmereinrichtung nach § 20 Abs. 1 S. 1 gesperrt worden[1], endet das Teilnehmerverhältnis nach § 20 Abs. 1 S. 5 automatisch mit Ablauf des auf die Ausführung der Sperre folgenden Monats, wenn die Zahlungssäumnis und die Sperre zu diesem Zeitpunkt noch andauern. Daneben kann die DBP aber auch nach § 20 Abs. 3 dann, wenn ein Teilnehmer wiederholt seine Gebührenpflicht verletzt, ohne daß die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen, bei "groben Verstößen" die Teilnehmereinrichtung fristlos aufheben.

Die Regelung des automatischen Erlöschens besteht erst seit 1. Juli 1972. Die bis dahin geltende Fassung des § 20 FO sah bei Gebührenrückständen lediglich eine fristlose Aufhebung der Teilnehmereinrichtung nur bei "groben Verstößen" vor. Ein grober Verstoß wurde allgemein dann angenommen, wenn der Teilnehmer die ihm berechneten Fernsprechgebühren auch einige Wochen nach der Sperrung seines Fernsprechanschlusses noch nicht entrichtet hatte.[2]

Das BVerwG beurteilte einen groben Verstoß danach, in welchem Maße das Verhalten des Fernsprechteilnehmers "das öffentliche Interesse an der Erhaltung und Nutzung der gesamten Fernsprecheinrichtung beeinträchtigt"[3]. Ausgehend von der Pflicht des Teilnehmers, die Gebühren erst einmal zu bezahlen, auch wenn Einwendungen erhoben werden, führte nach Ansicht des Gerichts die weitere Zahlungsverweigerung nach der Sperre des Anschlusses zu einem groben Verstoß gegen die

---

1) Vgl. oben IV.5. g) aa).
2) BVerwG DÖV 1962,109f; OVG Münster Archiv PF 1966,550ff und Archiv PF 1975,500ff (Urt.v.21.6.72).
3) DÖV 1962,109.

Zahlungspflicht des Teilnehmers. Denn eine schwerwiegende, die Feststellung eines groben Verstoßes rechtfertigende Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses habe darin gelegen, daß der Teilnehmer die Gebühr für seinen Anschluß und die von ihm geführten Gespräche noch Wochen über die Sperrung hinaus schuldig geblieben sei und als Folge dieses Verhaltens seine Teilnehmereinrichtung der Benutzung im öffentlichen Fernsprechbetrieb entzogen habe.[4]

Aus dieser Sicht stellt die Regelung des § 20 Abs. 1 S. 5 FO, die automatische Beendigung des Teilnehmerverhältnisses, nichts anderes dar als die Umschreibung eines bestimmten groben Verstoßes und die Anordnung mit Sicherheit in diesem Falle sowieso eintretender Folgen. Rechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit einer solchen generalisierenden Regelung bestehen deshalb nicht.[5] Der Teilnehmer, der seine Gebühren auch nach der Erinnerung an seine Zahlungspflicht und nach Verhängung der Anschlußsperre einen weiteren Monat lang nicht bezahlt und sich auch nicht gegen die Sperre seines Anschlusses wendet, muß damit rechnen, daß das Teilnehmerverhältnis ohne weiteres endet.[6] Irgendwelche Willenserklärungen seitens der DBP sind nicht erforderlich.

Nach wie vor bedarf es jedoch der ausdrücklichen fristlosen Aufhebung des Teilnehmerverhältnisses, wenn der Teilnehmer, ohne daß die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 FO vorgelegen haben, wiederholt grob gegen seine Gebührenzahlungspflicht verstoßen hat, § 20 Abs. 3 FO. Das automatische Erlöschen des Teilnehmerverhältnisses ist damit den "Normalfällen" von Zahlungsverweigerung vorbehalten. Und nur deshalb rechtfertigt sich eine generalisierende Betrachtungsweise, die nicht zuletzt im Interesse der maschinellen Bearbeitung des Fernsprechdienstes getroffen wurde.

---

4) BVerwG DÖV 1962,110. Ebenso OVG Münster Archiv PF 1966, 550 und Archiv PF 1975,500.
5) Aubert S.241.
6) HessVGH Archiv PF 1975,503.

2. Verstoß gegen andere Vorschriften der FO

Das Recht, Teilnehmereinrichtungen fristlos aufzuheben, steht nach § 20 Abs. 3 S. 1 FO der DBP weiter auch dann zu, wenn der Teilnehmer grob gegen andere Vorschriften der FO als die, die die Gebührenpflicht betreffen, verstoßen hat.

So bestimmt § 12 Abs. 1 FO, daß der Teilnehmer dafür verantwortlich ist, "daß die Bestimmungen über die Benutzung der Teilnehmereinrichtungen beachtet werden und daß ein Mißbrauch durch ihn oder andere unterbleibt. Mißbrauch ist jede Benutzung, die gegen die Gesetze verstößt oder die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet." Ein Mißbrauch lag damit eindeutig vor, als ein Teilnehmer seinen Anschluß für zahlreiche unbegründete nächtliche Anrufe bei Polizeidienststellen, der Feuerwehr und dem ärztlichen Notfalldienst benutzte.[1] Dieses rechtswidrige Verhalten wurde allerspätestens dann zu einem groben Verstoß gegen § 12 Abs. 1 FO, als der Teilnehmer sein Verhalten auch nach Abmahnung durch die DBP fortsetzte.[2] Eine fristlose Aufhebung des Teilnehmerverhältnisses war damit unvermeidbar.

Nach Ansicht des VG Minden[3] hatte auch ein Teilnehmer gegen die Benutzungsvorschriften grob verstoßen, der seine Fernsprechanschlüsse in einer Zeitungsannonce folgendermaßen anbot: "Wo fehlt Telefon? Stelle mein Telefon dem zur Verfügung, der meine wenigen Anrufe mit übernimmt." Es hielt die DBP für berechtigt, die Fernsprecheinrichtungen dieses Teilnehmers fristlos aufzuheben, da die versuchte Übertragung von Fernsprechanschlüssen gegen hohe Bezahlung unter Umgehung der Vorschriften der FO als grober Verstoß gegen die Bestimmung der FO zu werten sei.

Diese Ansicht erscheint bedenklich. Man muß bereits daran

---

1) Vgl. § 145 Abs.1 Nr.2 StGB.
2) OVG Hamburg Archiv PF 1975,614.
3) Archiv PF 1966,628.

zweifeln, ob überhaupt eine "Übertragung" der Anschlüsse beabsichtigt war. Eine Übernahme nach § 11 FO schied jedenfalls aus, da diese die Neubegründung eines Teilnehmerverhältnisses erfordert hätte (§ 11 Abs. 2 FO), was offenbar nicht beabsichtigt war, da der annoncierende Teilnehmer gegenüber der DBP verpflichtet bleiben wollte. Damit ist zu untersuchen, inwieweit die Gebrauchsüberlassung an Dritte gegen die FO verstoßen kann. § 15 FO regelt die Benutzung von Teilnehmereinrichtungen durch andere. Nach Abs. 2 S. 1 darf ein Teilnehmer anderen die gelegentliche oder ständige Mitbenutzung seiner Anschlüsse grundsätzlich gestatten, sofern seine Anschlüsse keine Ausnahmehauptanschlüsse sind.[4] Nach Abs. 3 S. 1 ist die ständige Alleinbenutzung durch andere nur bei Regelnebenanschlüssen zulässig. Daraus ist zu schließen, daß die ständige Alleinbenutzung durch andere bei Hauptanschlüssen unzulässig ist.

Damit hängt die Beurteilung, ob ein Verstoß gegen § 15 FO vorliegt, davon ab, ob der Teilnehmer seine (Regel-)Hauptanschlüsse Interessenten zur Alleinbenutzung überlassen wollte. Nur dann wäre ein Verstoß zu bejahen. Der zur Entscheidung des VG Minden mitgeteilte Sachverhalt läßt keine abschließende Beurteilung zu. Jedenfalls spricht aber einiges dafür, daß nur eine Mitbenutzung - wenn auch erheblichen Ausmaßes - durch den Interessenten beabsichtigt war. Denn der Teilnehmer wollte seine Anrufe nach wie vor über seine Anschlüsse abwickeln. Ob demnach eine Überlassung zur Alleinbenutzung gewollt war, ist sehr fraglich und letztlich nur danach zu entscheiden, wie umfänglich die Benutzungsrechte des Interessenten ausgestaltet sein sollten. Erst bei erheblichem Übergewicht der Interessentenrechte könnte von einer Alleinbenutzung durch ihn gesprochen werden.

Bejaht man schließlich eine beabsichtigte Alleinbenutzung der Hauptanschlüsse durch Dritte, ist weiter zu entscheiden,

---

4) Vgl. § 5 Abs. 2 FO und Aubert S.225.

ob das Vorgehen des Teilnehmers einen "groben Verstoß" gegen Benutzungsvorschriften darstellt. Objektiv mag ein Verstoß vorliegen. Ein "grober" Verstoß ist aber zweifelhaft. Die komplizierten Mitbenutzungsregelungen des § 15 FO sind nicht leicht durchschaubar. Ein Fehlverhalten braucht deshalb nicht vorwerfbar zu sein. Ohne Aufklärung über die Rechtslage wird dem Teilnehmer damit kein grober Verstoß vorzuwerfen sein.

3. Die Kündigung von Teilnehmereinrichtungen durch die DBP

Nach § 18 Abs. 1 FO können sowohl die DBP wie auch der Teilnehmer die Teilnehmereinrichtungen kündigen. Sofern eine Mindestüberlassungsdauer besteht, kann eine Kündigung frühestens zum Ende der Mindestüberlassungsdauer erfolgen. Die Kündigung einer Einrichtung umfaßt zugleich die Kündigung aller weiteren, mit dieser unmittelbar oder mittelbar verbundenen Einrichtungen, die ohne die gekündigte Einrichtung nicht mehr betrieben werden können. Nach Absatz 1 a ist eine Kündigung in der Regel schriftlich zu erklären. Bei Kündigungen durch Teilnehmer kann die DBP auf die Schriftform verzichten. Nach Absatz 2 ist die Kündigung zum Schluß eines beliebigen Werktages zulässig. Die Kündigungserklärung muß spätestens sechs Werktage vor dem Tag, an dem die Kündigung wirksam wird, der zuständigen Anmeldestelle für Fernmeldeeinrichtungen oder dem Teilnehmer zugehen.

Nach dem Wortlaut des § 18 FO ist also die Wirksamkeit der Kündigung nur von der Einhaltung der Kündigungsfrist und - bei Kündigungen durch die DBP - der Wahrung der Schriftform abhängig. Inwiefern dieses Kündigungsrecht für die DBP mit der Regelung des § 7 Abs. 2 FernmG, wonach Ausschließungen von der Benutzung der für den öffentlichen Fernmeldeverkehr bestimmten Anlagen nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig sind, vereinbar ist, hatte das OVG Berlin[1]

1) DVBl 1964,832ff.

als wichtigste Frage in einem Rechtsstreit zu entscheiden, der entstanden war, als die DBP einem Teilnehmer die Vermittlungseinrichtung einer posteigenen Nebenstellenanlage gekündigt hatte.

Nachdem klargestellt worden war, daß das sich auf die gesamte Nebenstellenanlage beziehende Rechtsverhältnis gekündigt worden war und nicht etwa nur die Vermittlungseinrichtung als Teil der Anlage - einzelne unselbständige Teile einer Anlage können ja nicht gekündigt werden (§ 18 Abs. 1 S. 3) -, führte das Gericht aus, weshalb die Kündigung der Anlage durch die DBP rechtswidrig gewesen sei. Entgegen dem Wortlaut des § 18 Abs. 1 FO sei die Kündigung von Teilnehmereinrichtungen durch die DBP nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig. Dies ergebe sich aus § 7 Abs. 2 FernmG. Denn wenn eine Ausschließung von der Benutzung nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig sei, müsse das zur Folge haben, daß die DBP auch hinsichtlich der Beendigung eines Fernsprechbenutzungsverhältnisses, also auch hinsichtlich der Kündigung gemäß § 18 Abs. 1 FO, Einschränkungen unterliege, und zwar den Einschränkungen, unter denen ein Ausschluß von der Benutzung der Fernmeldeanlagen gerechtfertigt wäre. Denn die Beschränkung des Ausschlusses auf Gründe des öffentlichen Interesses würde ihren Sinn verlieren, wenn die DBP berechtigt wäre, Teilnehmereinrichtungen aus anderen als aus Gründen des öffentlichen Interesses zu kündigen. Das Kündigungsrecht der DBP könne deshalb nur bei Vorliegen solcher Gründe ausgeübt werden.

Im Zusammenhang damit stellt sich die weitere Frage, ob das auch bei posteigenen Nebenstellenanlagen gilt. Das OVG Berlin hat in dem gleichen Rechtsstreit diese Geltung bejaht. § 7 Abs. 2 FernmG enthalte keine Einschränkungen dahingehend, daß ein Ausschluß aus Gründen des öffentlichen Interesses nur dann gerechtfertigt sei, wenn ein tatsächlicher Benutzungszwang hinsichtlich der Anlagen bestünde. § 7 Abs. 2 FernmG regele den Ausschluß von der Benutzung der dem öffent-

lichen Verkehr dienenden Anlagen schlechthin. Die DBP werde durch diese eingeschränkte Kündigungsmöglichkeit nicht in unzulässiger Weise an der Erfüllung der ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben gehindert, vielmehr werde das ihr zustehende Kündigungsrecht nur diesen Aufgaben angepaßt, nämlich auf die Wahrung öffentlicher Interessen beschränkt.

Im Gegensatz dazu ist Aubert[2] der Ansicht, daß die sich aus § 7 Abs. 2 FernmG ergebende Beschränkung des Kündigungsrechtes der DBP dann nicht mehr vertretbar sei, wenn es sich um Fernmeldeanlagen handele, die nicht nur von der DBP, sondern auch von anderen überlassen werden könnten. Der Zulassungszwang und damit das daraus resultierende Verbot des Ausschlusses seien nur insoweit berechtigt, als ein staatliches Alleinrecht bestehe.

Nun ließe es sich de lege ferenda durchaus rechtfertigen, für eine Kündigung einer Fernsprechanlage durch die DBP das Vorliegen von Gründen des öffentlichen Interesses nur solange zu fordern, wie für die Betreibung dieser Fernsprechanlage ein staatliches Alleinrecht besteht. Denn in diesem Fall ist der Teilnehmer nicht allein auf Anlagen der DBP angewiesen. De lege lata ist jedoch dieser Auffassung nicht zu folgen. Denn die öffentliche Aufgabe "Unterhaltung der dem öffentlichen Verkehr dienenden Fernmeldeanlagen" wird nicht dadurch zu einer allein nach privatrechtlichen Maßstäben zu beurteilenden Aufgabe, daß sie neben der DBP auch noch von privaten Unternehmen wahrgenommen wird. Es ist deshalb zulässig, an die Rechte und Pflichten der DBP als Inhaberin hoheitlicher Aufgaben andere - strengere - Maßstäbe anzulegen als an Rechte und Pflichten Privater.

Die Einschränkung der Anwendung von § 7 Abs. 2 FernmG wird auch dem Text dieser Norm nicht gerecht. Auch wenn sie wörtlich aus dem Telegraphengesetz von 1892 übernommen worden

---

2) S.236 und Jahrbuch d.el.Fernmeldewesens 1970,226f.

ist, so ist sie doch Ausdruck eines Rechtsgedankens, der Gründe für eine restriktive Interpretation nicht erkennen läßt.

Kündigt die DBP also Teilnehmereinrichtungen nach § 18 Abs.1 S. 1 FO, so ist diese Kündigung, auch ohne daß der Wortlaut des § 18 darauf hindeutet, nur im Rahmen des § 7 Abs. 2 FernmG zulässig. Eine Kündigung seitens der DBP setzt deshalb voraus, daß Gründe des öffentlichen Interesses diese erforderlich machen.

VI. Die Haftung der DBP

1. Die gesetzliche Regelung

Es liegen nur wenige Gerichtsentscheidungen vor, die die Ersatzpflicht der DBP für Schäden betreffen, die der Teilnehmer durch die DBP erlitten hat. Dafür dürfte neben der beachtlichen Störunanfälligkeit des Fernsprechdienstes der DBP die Haftungsregelung des § 52 FO verantwortlich sein, die dadurch gekennzeichnet ist, daß sie die Haftung der DBP für Schädigungen des Teilnehmers weitgehend ausschließt.

§ 52 Abs. 1 FO lautet: "Wird durch einen Mangel der Fernmeldeeinrichtungen ein Teilnehmer oder ein anderer Benutzer getötet oder an seinem Körper oder an seiner Gesundheit verletzt oder wird eine Sache beschädigt, so haftet die Deutsche Bundespost für den hieraus entstandenen Schaden nur, wenn er durch ihr oder ihrer Beauftragten Verschulden verursacht worden ist."

Absatz 2 enthält eine Mitverschuldungsregelung, die der des § 254 BGB entspricht. Nach Absatz 3 bestimmt sich der Umfang des Schadensersatzes bei Tötung und bei Verletzung von Körper und Gesundheit nach den §§ 843 bis 845 BGB; § 846 BGB gilt entsprechend. Bei Sachbeschädigungen ist der gemeine Wert zu ersetzen. Nicht verwiesen wird also auf § 847 BGB, so daß Schmerzensgeld nicht verlangt werden kann. Laut Absatz 4 verjähren Ersatzansprüche gegen die DBP in einem Jahr. Der Verjährungsbeginn ist der Schluß des Jahres, in dem der Ersatzberechtigte vom Schaden Kenntnis erhalten hat.

Entscheidend ist dann die Regelung in Absatz 5 Satz 1:

> "Für andere als die im Absatz 1 bezeichneten Schäden haftet die Deutsche Bundespost im Fernmeldedienst nicht."

Absatz 5 Satz 2 bestimmt allerdings dann wieder, daß für Schäden, die durch Arbeiten zur Herstellung, Instandhaltung, Änderung oder Aufhebung einer Fernmeldeeinrichtung verursacht worden sind, die DBP nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts haftet. Damit soll klargestellt werden, daß Teilnehmer und Benutzer bei gleichgelagerten Fällen nicht anders behandelt werden als Dritte, die zur DBP in keinerlei Rechtsbeziehungen stehen und deshalb auch nicht auf einen fernmelderechtlichen Haftungsausschluß verwiesen werden können.

Neben dieser Regelung des § 52 FO besteht noch die Instandsetzungsverpflichtung der DBP nach der Grundstückseigentümererklärung i.V.m. der Gegenerklärung der DBP[1]. Danach ist die DBP verpflichtet, die beschädigten Teile des Grundstücks und der Gebäude wieder in ordnungsmäßigen Zustand zu versetzen, wenn infolge der Anbringung von Fernmeldevorrichtungen Beschädigungen des Grundstücks und der darauf befindlichen Gebäude eingetreten sind.

Infolge dieser Normierung ist nach der Verwaltungsanweisung zu § 52 Abs. 5 FO die Haftung der DBP z.B. ausgeschlossen für Schäden, die entstehen durch vorübergehende Stillegung von Fernmeldeeinrichtungen oder durch Ausschließung von der Benutzung der öffentlichen Fernmeldenetze, durch Betriebsstörungen, durch Versehen bei der Abschaltung gemäß § 17 Abs. 5 FO, bei Verhängung der Sperre oder durch die Sperre, durch die Aufhebung von Fernmeldeeinrichtungen wegen Erlöschens des Teilnehmerverhältnisses gemäß § 20 Abs. 1 S. 5 FO oder durch die fristlose Aufhebung von Fernmeldeeinrichtungen, durch unrichtige, verzögerte oder unterbliebene Herstellung von Fernmeldeverbindungen, durch Versehen im Fernsprechauftragsdienst, durch Fehler im Amtlichen Fernsprechbuch, durch Änderung von Rufnummern, durch unrichtige Auskünfte und durch die Ansage unrichtiger Gebühren im handvermittelten Ferndienst.

---

1) Im einzelnen oben III.3.

Festzustellen ist also der Grundsatz, daß die Nichthaftung der DBP im Fernmeldedienst die Regel ist (§ 52 Abs. 5 S. 1 FO), und daß nur ausnahmsweise dort gehaftet wird, wo § 52 Abs. 1 und Abs. 5 S. 2 FO oder die Grundstückseigentümererklärung i.V.m. der Gegenerklärung der DBP dies ausdrücklich vorsehen.[2] Die Ansicht des BGH, die Haftung der Post sei für alle Postdienste der Grundsatz und die Nichthaftung nur insoweit gegeben, als dies ausdrücklich vorgesehen sei[3], mag für die übrigen Postdienste zutreffen, ist jedoch für das Fernmeldewesen aufgrund der ausdrücklichen Regelung des § 52 Abs. 5 S. 1 FO nicht zutreffend.[4]

Für das Eingreifen des Haftungsausschlusses nach § 52 Abs. 5 S. 1 FO kommt es entscheidend darauf an, ob die DBP einen Schaden "im Fernmeldedienst" verursacht hat. Mit der Auslegung dieses Begriffes befaßte sich das LG Berlin[5]. Es hatte zu entscheiden, ob die DBP einem Fernsprechteilnehmer, dem sie im Zusammenhang mit der Einrichtung seines Fernsprechanschlusses zuerst eine falsche Rufnummer mitgeteilt hatte, und der deshalb nach Richtigstellung Reklame und Geschäftsbriefbögen umstellen mußte, Schadensersatz zu leisten hatte. Das LG Berlin bejahte die Ersatzpflicht. § 41 Abs. 5 FO (heute: § 52 Abs. 5) schließe die Haftung der DBP nur für Schäden "im Fernmeldedienst" aus, betreffe also nur die Ausübung des Fernmeldebetriebes. Die Beziehungen zwischen der DBP und dem Fernsprechteilnehmer, die vor dem Zeitpunkt liegen, in dem die Ausübung des Fernsprechverkehrs möglich wird, berühre die Ausschlußklausel nicht. Deshalb hafte die DBP.

So wünschenswert das Ergebnis auch sein mag, so wenig befriedigt die Begründung. Zwar schließt § 52 Abs. 5 S. 1 FO die Haftung für Schäden nur "im Fernmeldedienst" aus. Die Ausle-

---

2) Erichsen DÖV 1965,162; Kohl DÖV 1968,725 und Aubert S.275 m.w.N.
3) BGHZ 12,97 und BGH DVBl 1966,376 = MDR 1965,466 = BB 1965, 350 = Archiv PF 1965,712 sowie BGH NJW 1964,44 = LM FernsprechO Nr.4.
4) Erichsen und Aubert aaO.
5) Archiv PF 1962,336.

gung des Begriffs "Fernmeldedienst" durch das LG Berlin ist jedoch zu eng.[6] Der Fernmeldedienst betrifft nicht nur die Ausübung des Fernsprechbetriebes. Fernmeldedienst ist genauso die Ermöglichung der Teilnahme am Fernsprechverkehr. Denn das ist die notwendige Voraussetzung der Ausübung des Fernsprechverkehrs. Die Anschließung eines Antragstellers an das öffentliche Fernmeldenetz muß deshalb als eine der wesentlichsten Dienstleistungen des Fernmeldedienstes angesehen werden. § 52 Abs. 5 S. 1 FO ist deshalb anwendbar.

Über § 52 Abs. 5 S. 2 FO ist eine Haftung der DBP nicht zu begründen. In der Nummernmitteilung ließe sich nach dem Sinn der Vorschrift (oben Seite 93 Mitte) keine "Arbeit zur Herstellung einer Fernmeldeeinrichtung"[7] sehen. Eine falsche Nummer des künftigen Anschlusses wird nämlich immer nur Teilnehmern und nie Dritten mitgeteilt werden. Ein Schaden, wie er im Fall des LG Berlin entstanden war, kann also immer nur bei Teilnehmern, die die FO gelten lassen müssen, entstehen. Der Grundgedanke des § 52 Abs. 5 S. 2 FO, Teilnehmer bei gleichgelagerten Fällen nicht anders zu behandeln als Dritte, die auf einen fernmelderechtlichen Haftungsausschluß nicht verwiesen werden können, führt dann letztlich dazu, in diesem Fall diese Vorschrift nicht anzuwenden.

Eine Schadensverursachung "im Fernmeldedienst" verneint auch das Reichsgericht[8] in folgendem Fall. Bei der Einrichtung eines Fernsprechanschlusses ließ der mit der Durchführung der Arbeiten beauftragte Bauhandwerker in der Mittagspause eine mit Lötwasser gefüllte Bierflasche in der Wohnung des Fernsprechteilnehmers unbeaufsichtigt und nicht besonders gekennzeichnet stehen. Der Teilnehmer hielt den Inhalt dieser Flasche für Bier, trank daraus und starb. Das RG entschied, daß die Haftung der Reichspost nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zu beurteilen sei. Schäden, die bei der

---

6) Vgl. Aubert in der Anm. zur Entscheidung des LG in Archiv PF 1962,337 f.
7) Dazu BGH NJW 1976,1634.
8) RGZ 141,420.

Einrichtung des Fernsprechanschlusses dem Teilnehmer zugefügt würden, würden vom Haftungsausschluß nicht erfaßt. Dieser gelte vielmehr nur für die Ausübung des eigentlichen Fernsprechbetriebes.

Nach der heutigen FO wäre dieser Fall im Ergebnis ebenso zu beurteilen, jedoch ohne Zuhilfenahme dieser abzulehnenden Differenzierung in eigentlichen und "uneigentlichen" Fernsprechdienst. Gem. § 52 Abs. 5 S. 2 FO haftet die DBP nämlich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, also grundsätzlich nach § 839 BGB i.V.m. Art.34 GG, da die gesamte Betätigung der DBP auf dem Gebiet des Fernmeldewesens Ausübung öffentlicher Gewalt ist[9]. Anderes gilt nur, wenn die DBP sich einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht schuldig gemacht hat. Dann beurteilt sich die Haftung nach den §§ 823, 831 bzw. 278 BGB.[10] So liegt der Fall hier.

Der Bauhandwerker hat durch das Stehenlassen der nicht besonders gekennzeichneten Flasche seine Verkehrssicherungspflicht verletzt. Da der Schaden einem Teilnehmer und nicht einem Dritten zugefügt wurde, ist die Schädigung nach dem Rechtsgedanken des § 278 BGB der DBP zuzurechnen. Der Rechtsgedanke des § 278 BGB gilt nämlich auch für öffentlich-rechtliche Verhältnisse, soweit diese schuldrechtsähnliche Pflichten begründen, und die Eigenart des öffentlichen Rechts nicht entgegensteht.[11] Das Fernsprechteilnehmerverhältnis ist eine solche öffentlich-rechtliche Sonderverbindung, die eine einem privatrechtlichen Schuldverhältnis vergleichbare Leistungs- und Obhutsbeziehung zum Gegenstand hat.[12]

§ 52 Abs. 5 S. 2 FO und die Haftung als gesetzliche Folge der Abgabe der GEE (vgl. oben III. 3. a und b) sind zwei selb-

---

9) Vgl. Aubert S.284 und 293 m.w.N.
10) St. Rspr. Vgl. BGH NJW 1968,443.
11) Vgl. RGZ 152,132; BGHZ 17,192; 21,218; BVerwGE 13,20; Palandt/Heinrichs § 276 Anm.8a.
12) Vgl. Paland/Heinrichs § 276 Anm.8b; BGH NJW 1965,962.Weitere Nachweise bei Aubert S. 285, Fußnote 1134 und 1135.

ständige Anspruchsgrundlagen, die sich hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und hinsichtlich des erstattungsfähigen Schadens unterscheiden. Zwar betreffen beide Anspruchsgrundlagen die Erstattungsfähigkeit von Schäden, die durch Arbeiten an Fernmeldeeinrichtungen verursacht worden sind. § 52 Abs. 5 S. 2 setzt jedoch das Bestehen eines Teilnehmerverhältnisses voraus, läßt dann aber die DBP für alle Schäden nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, also grundsätzlich nur bei Verschulden, haften. Dagegen ist die Haftung der DBP aufgrund der Abgabe der GEE verschuldensunabhängig, dafür aber auf Schäden am Grundstück oder am Gebäude beschränkt.

Überflüssig ist es, für den letztgenannten Haftungsfall eine Haftungsgrundlage außerhalb der GEE zu suchen.[13] Als Folge der Abgabe der GEE ist von Gesetzes wegen ein eigener öffentlich-rechtlicher[14] Ersatzanspruch gegeben.

Wenn also ein Teilnehmer, der als Grundstückseigentümer die GEE abgegeben hat, durch Arbeiten an Fernmeldeeinrichtungen einen Schaden erlitten hat, wird er beide Anspruchsgrundlagen zu berücksichtigen haben. Auf die ihm günstigste kann er dann seinen Schadensersatzanspruch stützen. Schäden am Grundstück und an Gebäuden wird er über den als Folge der Abgabe der GEE gegebenen Anspruch geltend machen, da hier die Anspruchsvoraussetzungen am günstigsten sind. Die Erstattungsfähigkeit sonstiger Schäden[15] beurteilt sich nach bürgerlichem Recht (§ 52 Abs. 5 S. 2). Ein Schadensersatzanspruch kann deshalb auf § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG gestützt werden. Dem Fernsprechteilnehmer ist es aber auch möglich, Schadensersatz wegen der Verletzung von Nebenpflichten aus der Sonderverbindung "Teilnehmerverhältnis" geltend zu

---

13) So aber Aubert S.289 verweisend auf RGZ 126,28.
14) Anders die h.M. Vgl. oben III.3.b.
15) Vgl. RGZ 126,28ff.

machen.[16] Auch diese Anwendung der dem Zivilrecht entnommenen Grundsätze über die positive Vertragsverletzung rechtfertigt sich - wie bereits ausgeführt - deshalb, weil das Teilnehmerverhältnis mit seiner besonderen Leistungs- und Obhutsbeziehung, die über das Maß dessen hinausgeht, was sonst zwischen dem einzelnen und einem Hoheitsträger an Pflichten besteht, einem privatrechtlichen Schuldverhältnis und seiner Pflichtenstruktur vergleichbar ist.[17]

Die Ansicht von Aubert[18], § 52 Abs. 5 S. 2 FO finde dann keine Anwendung, wenn die DBP dem Grundstückseigentümer aufgrund von GEE und Gegenerklärung hafte, ist nicht überzeugend, da sie die Anspruchskonkurrenz verkennt. Wird der Anspruch auf die GEE gestützt, kann die DBP sich deshalb nicht auf die gegenüber der GEE nach ihren Voraussetzungen eingeschränkte Haftung aus § 52 Abs. 5 S. 2 FO berufen, weil durch eine besondere Rechtsbeziehung aufgrund der Abgabe der GEE ihre Haftung erweitert worden ist.[19]

2. "Typische Haftungsgefahren und typische Leistungen"

Ausgehend von der Zulässigkeit der Haftungsbeschränkungen der DBP[1] aufgrund der besonderen Gefahren des postalischen Massenverkehrs[2] hat der BGH in ständiger Rechtsprechung die Ansicht vertreten, "daß sich der Haftungsausschluß im Postgesetz und in den für die einzelnen Gebiete des Postwesens erlassenen Verordnungen nur auf die typischen Haftungsgefahren oder auf die typischen Leistungen der Post in den einzelnen Sondergebieten postalischer Tätigkeit erstreckt"[3]. Denn eine

---

16) Dazu bereits oben RGZ 141,420 ("Lötwasser").
17) Palandt/Heinrichs § 276 Anm.8a,8b.
18) S.289.
19) So dann auch Aubert S.290.
1) BGHZ 12,89 unter Verweis auf BGHZ 9,289.
2) Zum nicht selbstverständlichen Schluß von der Gefahrensituation auf eine erforderl.Haftungsbefreiung vgl. Loh S.97.
3) BGH NJW 1964,42. Ebenso BGHZ 12,96; 28,34; BB 1952,302; DVBl 1966,376 = Archiv PF 1965,712 = MDR 1965,466 = BB 1965,350.

die Haftung beschränkende oder ausschließende Sonderregelung müsse als Ausnahme von dem in Art. 34 GG festgelegten Grundsatz der Verantwortlichkeit des Staates für Amtspflichtverletzungen seiner Bediensteten restriktiv ausgelegt werden. Deshalb umfaßten die Haftungsausschlüsse "jeweils nur die Schäden, die mit den besonderen Gefahren der einzelnen Bereiche der postalischen Tätigkeit, für die die Haftungsbeschränkung normiert ist, in Zusammenhang stehen"[4]. Das sei die Folge davon, daß "ganz allgemein und grundsätzlich den Staat oder den Dienstherrn die Ersatzpflicht für durch schuldhafte Amtspflichtverletzungen seiner Beamten dem einzelnen zugefügte Schäden trifft, wenn nicht die Staatshaftung nach Grund und Höhe in zulässiger Weise ausdrücklich und eindeutig beschränkt oder ausgeschlossen worden ist "[5,6]

Im Falle der schuldhaft pflichtwidrigen Sperrung sämtlicher Anschlüsse des Teilnehmers[7] war deshalb zu prüfen, ob darin eine "typische Haftungsgefahr" im Zusammenhang mit einer "typischen Leistung" der DBP zu sehen war. Der BGH verwies auf den zu bewältigenden "Massenverkehr" und darauf, daß das Zurverfügungstellen der Fernsprecheinrichtungen nicht von deren Abschalten oder Außerbetriebsetzen getrennt werden könne. Die Sperre gehöre damit zum "eigentlichen" Fernsprechbetrieb. Demnach könne ihre unberechtigte Verhängung wegen Nichtzahlung einer Gebührenrechnung aus dem Kreis der "typischen Haftungsgefahren" oder "typischen Leistungen" der Post nicht ausgeschlossen werden. Damit sei die Ersatzpflicht der DBP für Schäden, die durch eine unberechtigte Sperre des Fernsprechanschlusses dem davon betroffenen Teilnehmer erwachsen, ausgeschlossen. Der Haftungsausschließungsgrund "Versehen bei Verhängung der Sperre" umgreife im übrigen

---

4) BGH DVBl 1966,377.
5) BGH NJW 1964,42.
6) Zur Reichweite des Haftungsausschlusses ausführlich Loh S.107ff und Erichsen DÖV 1965 S.160ff.
Bedenken gegen die einschränkende Auslegung zugunsten einer extensiven Auslegung äußern Kohl DÖV 1968,724f und wohl auch Aubert S.275f.
7) BGH NJW 1964,41ff.

auch Versehen und damit fehlerhafte, die Sperre erst vorbereitende und alsdann auslösende Maßnahmen oder Unterlassungen im Bereich der Postverwaltung, sofern und soweit diese wenigstens im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Fernsprechdienst der DBP stünden. Nur durch diese weite Auslegung des Begriffs "Versehen bei Verhängung der Sperre" könne der mit dem Haftungsausschluß verfolgte und sachlich gerechtfertigte Zweck dieser Sonderregelung erreicht werden. Demzufolge wurde eine Ersatzpflicht der DBP für die Schäden, die dem Teilnehmer durch die schuldhaft pflichtwidrige Sperrung seiner Anschlüsse entstanden waren, verneint.[8]

Unbefriedigend an dieser Entscheidung ist zweierlei. Einmal wird durch die für richtig gehaltene weite Auslegung des Begriffs "Versehen bei der Verhängung der Sperre" die zurecht restriktive Auslegung des fernmelderechtlichen Haftungsausschlusses wieder teilweise zurückgenommen. Und zum anderen fehlt eine Begründung dafür, daß die Sperre unter die typischen Geschehensabläufe mit spezifischer Haftungsgefahr fällt.[9]

Man wird davon ausgehen können, daß in aller Regel die Fernsprechteilnehmer ihre Pflichten aus dem Fernsprechverhältnis erfüllen werden. Damit ist dann aber nicht die Sperrung von Fernsprechanschlüssen das typische Handeln der DBP. Die typische Leistung der Post ist das Zurverfügungstellen der Fernsprecheinrichtungen, nicht aber deren Abschalten oder Außerbetriebsetzen. Bezeichnet man allerdings alle Vorgänge, die von der DBP in größerer Zahl zu erledigen sind, als typische Geschehensabläufe, die typische Haftungsgefahren beinhalten, so wird auch die Sperre fernmeldetypisch. Wo dann aber die restriktive Interpretation des Haftungsausschlusses noch Platz greifen soll, wird zweifelhaft. Sie läuft leer, wenn häufige Vorgänge zu typischen erklärt werden. Das Zur-

---

8) Zu dieser Entscheidung Aubert S.275f. Kritisch Jecht NJW 1964,402f.
9) Im Ansatz so wohl auch Jecht NJW 1964,403.

verfügungstellen der Fernsprecheinrichtungen muß also von deren Abschalten und Außerbetriebsetzen getrennt werden. Die Sperrung von Anschlüssen ist keine "typische" Maßnahme des Fernsprechdienstes.

Restriktiv allerdings ist die Auslegung des § 52 Abs. 5 S. 1 FO, die der BGH seinem Urteil vom 24. Mai 1976[10] zugrunde legte. Einem Teilnehmer waren hohe Gebührenschulden entstanden, weil die DBP möglicherweise Beratungs- und Mitteilungspflichten verletzt hatte. Insbesondere hatte ihm die DBP nicht unmittelbar nach dem Erkennen eines außerordentlichen Gebührensprungs, sondern erst einige Wochen später davon Mitteilung gemacht. Inzwischen waren neue erhebliche Gebührenschulden angefallen. Zu dieser Situation war es gekommen, weil Mieter möblierter Zimmer des Teilnehmers unbefugt die Anschlüsse des Teilnehmers zu zahlreichen, kostspieligen Ferngesprächen benutzt hatten.

Ob Pflichtverletzungen der DBP vorlagen, konnte der BGH, der das Vorliegen von Benachrichtigungspflichten im Grundsatz bejahte, dem ermittelten Sachverhalt nicht entnehmen. Er gab jedoch Richtlinien für die Auslegung des Haftungsausschlusses des § 52 Abs. 5 S. 1 FO. Dieser greife dann nicht ein, wenn der von der DBP zu ersetzende Schaden allein darin bestehe, daß infolge einer Pflichtverletzung ihrer Bediensteten ein Fernsprechteilnehmer mit Fernmeldegebühren belastet worden sei. Denn der Haftungsausschluß gehe von der Voraussetzung aus, eine unbeschränkte Belastung mit Schadensersatzverpflichtungen werde die mit dem Fernmeldebetrieb verbundenen Unkosten in erheblicher Weise steigern, und wolle deshalb diese Belastung in Grenzen halten. An dieser Voraussetzung fehle es hier. Der Schaden, den die DBP dem Teilnehmer abnehmen solle, bestehe ausschließlich in der Belastung mit einer Gebührenforderung. Die Ersatzleistung liege allein darin, daß die DBP die beanspruchten Gebühren nicht erhebe.

---

10) NJW 1976,1631ff.

Die Erfüllung der Ersatzpflicht wirke sich daher nicht auf der Kosten-, sondern auf der Einnahmeseite aus. Käme der DBP der Haftungsausschluß zugute, würde sie an einer ihr zuzurechnenden Pflichtverletzung "verdienen". Das könne nicht gewollt sein.[11]

So sehr das Bemühen um eine restriktive Auslegung des § 52 Abs. 5 S. 1 FO Verständnis erwarten darf, so wenig befriedigt der Weg, auf dem diese Auslegung gewonnen wird. Wenn der Haftungsausschluß Unkosten der DBP verhindern will, so sind damit nicht nur die unmittelbaren Schadensersatzforderungen, sondern vielmehr auch die Kosten für vorbeugende Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen gemeint.[12] Diese Kosten sind aber unabhängig von der Art des später entstehenden Schadens. Die Behauptung, die geltend gemachte Ersatzforderung wirke sich nicht auf der Kostenseite aus, erscheint deshalb in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Sie mag zwar in diesem konkreten Fall zutreffen, aber spätestens nach dieser Entscheidung ist die DBP zur Einführung von Kontrollmaßnahmen gezwungen, um Schadensersatzforderungen vorzubeugen. Unkosten sind unvermeidlich.

Aber auch das Argument, die DBP dürfe an ihren Pflichtverletzungen nicht "verdienen", überzeugt nicht von der Richtigkeit der einschränkenden Auslegung. Dieses Argument müßte vielmehr dazu führen, die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses ganz zu verneinen. Denn jeder Haftungsausschluß senkt die Kostenseite und erhöht so notwendigerweise die Gewinne. "Verdient" wird also mit jedem Haftungsausschluß.

Der BGH wäre überzeugender zum gleichen Ergebnis, nämlich der Haftung der DBP, gelangt, wenn er konsequent die bisher von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über den Haftungsausschluß nur bei "typischen Haftungsgefahren und typischen

---

11) NJW 1976,1634.
12) Dazu Nachweise in dieser Entscheidung NJW 1976,1634.

Leistungen" angewandt hätte. Denn fernmeldetypisch sind ausserordentliche Gebührensprünge sicherlich nicht. Die in solchen Fällen von der DBP vorzunehmenden Maßnahmen wie Benachrichtigungen oder Beratungen sind dann aber auch keine typischen Leistungen. Hier darf der Teilnehmer ein besonderes Maß an Sorgfalt seitens der DBP erwarten. Gleichzeitig ist es für die DBP unschwer ersichtlich, daß kein "typischer" Fall gegeben ist, und daß deshalb die Interessen des Teilnehmers besonders zu berücksichtigen sind.

3. Wer muß die Haftungssonderregelung gegen sich gelten lassen?

Nach Wortlaut, Ermächtigungsrahmen und Sinn der Haftungssonderregelung findet § 52 FO nur gegenüber dem Teilnehmer oder dem Benutzer, nicht jedoch gegenüber Dritten Anwendung.[1] § 52 Abs. 1 stellt klar, daß die Haftung für Schädigungen von Teilnehmern oder Benutzern geregelt wird. Der Haftungsausschluß des Absatzes 5 Satz 1 nimmt ausdrücklich auf Absatz 1 Bezug und kann damit aufgrund der Systematik nur die Nichthaftung gegenüber Fernmeldeteilnehmern meinen. Außerdem ermächtigt § 14 PostVerwG, aufgrund dessen die FO erlassen werden konnte, nur zum Erlaß von Rechtsverordnungen über die Bedingungen und Gebühren für die Benutzung der Einrichtungen des Post- und Fernmeldewesens, womit nur eine Ermächtigung zu Sonderregelungen im Rahmen von Benutzungsverhältnissen gegeben ist.

Schließlich spricht aber auch noch der Grundgedanke dieser Haftungsregelung dafür, sie nicht gegenüber Dritten gelten zu lassen. Denn Dritten kommt der Umstand, der nach h.M.[2] die Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung rechtfertigt, nämlich die Möglichkeit, leistungsfähige, schnelle und billige

1) Ausführlich Erichsen DÖV 1965,165.
2) BGHZ 12,91; DVBl 1966,377. Aubert S.276f und Kohl DÖV 1968,722ff.

Postdienste in Anspruch zu nehmen, nicht zugute. Dritte können deshalb ihre Ansprüche auf die allgemeinen Vorschriften stützen.[3]

Das OLG München[4] entschied - ausgehend davon, daß auch im Rahmen des Fernsprechauftragsdienstes als typischer Leistung der DBP der fernmelderechtliche Haftungsausschluß gilt -, daß der Haftungsausschluß nicht nur gegenüber dem Benutzer, sondern auch gegenüber Personen besteht, zu deren Gunsten eine Nachrichtenübermittlung stattfindet. "Der mit dem Haftungsausschluß verfolgte Zweck würde illusorisch, wenn in solchen Fällen die Beklagte zwar dem Benutzer gegenüber frei wäre, wohl aber dem Drittgeschädigten nach den allgemeinen Bestimmungen des Art. 34 GG, § 839 BGB Schadensersatz zu leisten hätte."[5]

Diesen Ausführungen zur Erstreckung des Haftungsausschlusses kann man deshalb zustimmen, weil der, zu dessen Gunsten eine Nachrichtenübermittlung stattfinden soll, der eigentliche Nutznießer dieses Dienstes der DBP ist, gewissermaßen also eine dem Benutzer entsprechende Position innehat. Einfacher wäre es aber gewesen, für den Fernsprechauftragsdienst den Begriff des Benutzers nicht nur auf den anzuwenden, der die technischen Einrichtungen der DBP selbst bedient und damit in Anspruch nimmt, sondern erweiternd auch auf den zu beziehen, zu dessen Gunsten eine Nachrichtenübermittlung stattfinden soll, der aber nicht unmittelbar sich der Technik der DBP bedient. Denn für den Auftragsdienst, insbesondere den Unfallmeldedienst, ist es häufig doch kennzeichnend, daß im Drittinteresse Nachrichten weitergeleitet werden.

3) Vgl. z.B. RGZ 116,286ff. Verletzung der Verkehrssicherungspflicht: BGH NJW 1954,913.
4) Archiv PF 1956,58ff.
5) Archiv PF 1956,62.

4. Kritische Anmerkungen zur Haftungsregelung der FO

Die Rechtsprechung und die h.M.[1] haben stets die grundsätzliche Zulässigkeit der fernmelderechtlichen Haftungsregelung bejaht. Es bestehen aber erhebliche Bedenken gegen ihre Zulässigkeit, die im folgenden deutlich gemacht werden sollen.

Jecht hat in seiner Anmerkung zum Urteil des BGH, worin entschieden worden war, daß selbst bei schuldhafter Verhängung einer Anschlußsperre dem betroffenen Fernsprechteilnehmer kein Schadensersatzanspruch zusteht[2], dieses Ergebnis als "unbefriedigend" bezeichnet.[3] Die zunehmende Bedeutung technischer Apparaturen in der öffentlichen Verwaltung habe auch zu einer ständig zunehmenden Abhängigkeit des einzelnen von dem Funktionieren dieser Apparaturen geführt. Die Empfindlichkeit der Wirtschaft habe auch zu einer ständig zunehmenden Abhängigkeit des einzelnen von dem Funktionieren dieser Apparaturen geführt. Die Empfindlichkeit der Wirtschaft habe derart zugenommen, daß bereits kleine Fehler in der leistenden Verwaltung zu Auswirkungen führen können, an die bei Einführung des Haftungsausschlusses sicher noch niemand gedacht habe. Trotzdem werde dem einzelnen zugemutet, den Schaden mit Rücksicht auf den "Massenverkehr" selbst zu tragen.

Und Langerhans[4] äußerte sich zu dem die Haftung der DBP für den Telegrammdienst umfassend ausschließenden § 21 der Telegrammordnung: "Es erscheint mit rechtsstaatlichen Grundsätzen einfach nicht vereinbar, daß zu einer Zeit, in der im zivilen Rechtsbereich Freizeichnungsklauseln immer suspekter werden, einer staatlichen Institution mit ausgesprochenem Monopolcharakter auch bei Verstößen gegen Kardinalpflichten Freiheit von jeglicher Haftung zugebilligt wird."[5]

---

1) Zahlreiche Nachweise bei Aubert S.274.
2) NJW 1964,41ff. Ausführlich oben IV.5.g)aa) und VI.2.
3) NJW 1964,402 f.
4) ZRP 1974,233ff.
5) ZRP 1974,235.

Auch Erichsen[6] äußert gewisse Bedenken, die ihn die restriktive Auslegung der Haftungssonderregelungen besonders betonen lassen. Eindeutig mit dem Ziel, den Haftungsausschluß der DBP einzuschränken, hat auch das LG Berlin[7] die Schäden, die "im Fernmeldedienst" verursacht wurden, auf Schäden im Rahmen der "Ausübung des Fernmeldebetriebes" beschränkt, um so eine Haftung der DBP bejahen zu können.

Ein derart weitgehender Ausschluß der Posthaftung führt insbesondere auch dann zu Zweifeln und Unverständnis, wenn höchstrichterlich festgestellt wird, daß auch strafbare Handlungen der Bediensteten der DBP wegen der Unzahl praktisch kaum zu überwachender Personen typische Gefahren des Postbetriebes darstellen, also auch vorsätzliche Pflichtverletzungen als typisches Risiko des postalischen Massenbetriebes keine Haftung der DBP auslösen.[8,9]

Wenig befriedigend in den Fällen der Nichthaftung der DBP ist der Verweis auf die persönliche Haftung des schuldigen Bediensteten, die nach h.M. gegeben ist.[10] Zwar ist die DBP "aus Treu und Glauben aufgrund des Benutzungsverhältnisses"[11] grundsätzlich verpflichtet, dem Postbenutzer den Postangehörigen zu benennen, der für das postalische Fehlverhalten verantwortlich ist, wenn die DBP für den daraus entstandenen

---

6) DÖV 1965,163f.
7) Archiv PF 1962,336; oben VI. 1.
8) BGH NJW 1968,464f. Inhaltlich ebenso Hanseat. OLG Archiv PF 1973,289ff. Beide Entscheidungen zu Haftungsausschlußnormen des PostG.
9) Katholnigg in DVBl 1960,474 ging noch davon aus, daß vorsätzliche Schädigungen nicht zu dem typischen postalischen Gefahrenbereich gehören. Nach Maunz in Maunz/Dürig/Herzog Art.34 Rnr.34 ist ein solcher Haftungsausschuß nicht verfassungskonform.
10) Vgl. Maunz in Maunz/Dürig/Herzog Art.34 Rnr.34; Dagtoglou im Bonner Kommentar Art.34 Rnr.317. Um Einschränkungen der persönlichen Haftung bemüht: Aubert S.318ff, Katholnigg DVBl 1960,472ff. Vgl. auch BVerwGE 19,243ff, OVG Saarlouis NJW 1968,1796 und OVG Münster DÖV 1969, 214.
11) BVerwG Archiv PF 1976,92.

Schaden selbst nicht haftet.[12] Trotzdem aber ist die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches gegenüber dem Bediensteten der DBP aus Beitreibungsgründen aber auch aus sozialen Erwägungen heraus eine wenig glückliche Lösung.

a) Nach Art. 34 GG trifft die Verantwortlichkeit für Amtspflichtverletzungen des handelnden Amtswalters den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst dieser steht, nur "grundsätzlich". Ausnahmen sind damit zulässig.[13] Zurecht wird aber betont, daß aus der grundgesetzlichen Gewährleistung der Staatshaftung als Regelfall folgt, daß Ausnahmen nicht willkürlich sein dürfen.[14] Nach Maunz[15] müssen sie "durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein und den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit entsprechen. Die Schranken des gesetzgeberischen Ermessens sind dabei allerdings weit zu setzen. Keinesfalls ist jedoch ein Haftungsausschluß für alle denkbaren Fälle unter Einschluß von vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Amtspflichtverletzungen verfassungskonform."[16]

Damit ist zu untersuchen, worin die sachlichen Gründe liegen, die den weitgehenden fernmelderechtlichen Haftungsausschluß rechtfertigen.

b) Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 14. Januar 1954[17] darauf hingewiesen, daß "der eine schnelle Abwicklung erfordernde Massenbetrieb der Post, die Notwendigkeit, deren Leistungsfähigkeit zu erhalten, und das Bestreben, ihre Ge-

---

12) Im einzelnen dazu, insbes. zu den wenigen Ausnahmen BVerwGE 10,274, BVerwG Archiv PF 1976, 90ff mit kritischer Anm.v. Altmannsperger S.94ff, OVG Lüneburg DVBl 1958,323 mit zust. Anm. von Schack, S.325ff; anders aber OVG Münster DVBl 1959,597.
13) So die ganz h.M. Vgl. aus der Rspr: BGHZ 9,289; 12,89ff; 36,193,217. Nachweise zur Gegenansicht bei Katholnigg DVBl 1960,471 Fußnote 3.
14) Vgl. z.B. Maunz in Maunz/Dürig/Herzog Art.34 Rnr.34 und Dagtoglou im BK Art.34 Rnr.35.
15) Maunz/Dürig/Herzog GG Art.34 Rnr.34.
16) Inhaltlich gleich Dagtoglou im BK Art.34 Rnr.35.
17) BGHZ 12,89ff,91.

bühren im Interesse der Öffentlichkeit so niedrig wie möglich zu bemessen und deshalb kostspielige Überwachungs- und Versicherungsmaßnahmen zu vermeiden, auch unter der Geltung des Grundgesetzes die Beibehaltung des ...Haftungsausschlusses rechtfertigen".

Diese Entscheidung erging zwar zum Haftungsausschluß der Telegraphenordnung, ihre Argumente werden jedoch immer dann herangezogen, wenn es um die Rechtfertigung postalischer Haftungsbeschränkungen oder -ausschlüsse geht. So begründet Aubert[18] mit diesem Zitat ausdrücklich die Zulässigkeit der fernmelderechtlichen Haftungsbeschränkungen der DBP. Auch Erichsen[19] und Katholnigg[20] erklären in dieser Weise die Zulässigkeit aller postalischen Haftungsregelungen.[21]

Die fernmelderechtliche Haftungsbeschränkung wird also damit begründet, daß die Haftungsrisiken nur durch kostspielige Überwachungs- und Versicherungsmaßnahmen zu vermeiden sind, welche jedoch im Interesse der schnellen Abwicklung, der Erhaltung der Leistungsfähigkeit und der Gebührenhöhe unterbleiben müssen. Aubert[22] betont ausdrücklich den Zusammenhang von Gebührenhöhe und Haftungsumfang: "Je mehr die DBP ihr Risiko einschränkt, um so eher ist sie imstande, ihre Gebühren im Interesse der Allgemeinheit möglichst niedrig zu halten."

c) Überzeugend ist diese Argumentation der h.M. für die Zulässigkeit der fernmelderechtlichen Haftungsbeschränkungen jedoch nicht. Dies liegt daran, daß versucht wird, Haftungsregelungen verschiedener Postdienste mit denselben Argumenten zu begründen. Zu wenig Beachtung findet dabei aber, daß

---

18) S.277.
19) DÖV 1965,164.
20) DVBl 1960,471.
21) Maunz in Maunz/Dürig/Herzog GG Art.34 Rnr.34 u. Dagtoglou in BK Art.34 Rnr.315 zitieren die Rechtsprechung, ohne jedoch eine eigene Stellungnahme abzugeben.
22) S.277.

die Situation der einzelnen Postdienste zu Differenzierungen Anlaß gibt.

Die Notwendigkeit kostspieliger Überwachungsmaßnahmen für den Fall der Posthaftung wird in erster Linie darin gesehen, daß das ordnungsgemäße Arbeiten der Vielzahl der Postbediensteten, die in Verkehrsvorgänge eingeschaltet sind, nur unter ganz erheblichem finanziellen und personellen Aufwand kontrolliert werden kann.[23] Dies trifft mit Sicherheit auf Dienste wie den Brief- oder Paketdienst zu, Einschränkungen werden aber wohl für den weitgehend automatisierten Fernmeldedienst zu machen sein. Das Risiko menschlichen Fehlverhaltens wird hier weit geringer zu veranschlagen sein. Die dafür eingetauschten technischen Risiken dürften demgegenüber weniger ins Gewicht fallen oder wenigstens beherrschbarer sein.

Damit dürften dann aber auch die Argumente von der erforderlichen schnellen Abwicklung und der Leistungsfähigkeit des Postbetriebes an Überzeugungskraft einbüßen, da Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen im Bereich des Fernmeldewesens nicht in gleicher Weise hinderlich wären, wie dies bei anderen Postdiensten der Fall sein mag. Im übrigen ist zu betonen, daß eine weitgehende Störunanfälligkeit des Postbetriebes, die durch zusätzliche Überwachungsmaßnahmen erreicht wird, bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Postbetriebes positiv zu Buche schlägt. Denn hohe Leistungsfähigkeit bei erheblicher Störanfälligkeit ist nicht denkbar.

Entscheidend spricht jedoch der Gebührengesichtspunkt gegen die Zulässigkeit der fernmelderechtlichen Haftungsregelung. Wenn Haftungsbeschränkungen zulässig sein sollen, weil dadurch dem Benutzer erhebliche Gebührenvorteile zugute kommen, so muß man sich fragen, wo diese Gebührenvorteile für den Fernsprechteilnehmer geblieben sind. Nach langjähriger Praxis der DBP werden mit den in den Fernmeldediensten er-

---

23) Dazu Kohl DÖV 1968,722.

zielten Gebührenüberschüssen Defizite sonstiger Postdienste ausgeglichen. Knapp 5 Milliarden DM Kostenüberdeckung im Fernsprechdienst im Jahre 1977, was einem Kostendeckungsgrad von 130 v.H. entspricht,[24] lassen daran zweifeln, ob die Fernmeldegebühren so niedrig bemessen sind, daß der Fernsprechteilnehmer dafür billigerweise auf eine weitergehende Haftung der DBP verzichten kann.

Man verweise nicht darauf, daß die Überschüsse ja zum innerbetrieblichen Kostenausgleich verwendet werden[25], wodurch erst niedrige Gebühren in anderen Postbereichen ermöglicht werden, was dann wieder von allgemeinem Vorteil sein soll. Denn für den Fernsprechteilnehmer beschränkt sich der Kostenausgleich ja nicht nur darauf, daß er überhöhte, aber möglicherweise noch tragbare Gebühren zu bezahlen hat. Vielmehr ist es doch so, daß er dazuhin auch noch Schadensrisiken persönlich trägt, was ihm allerdings nur deshalb zugemutet werden soll, weil er dafür umso billiger die Fernmeldedienste der DBP in Anspruch nehmen kann.

Die Lage ist damit die, daß der Fernsprechteilnehmer andere Postdienste finanziert, dafür erhöhte Gebühren zu bezahlen hat und außerdem noch Haftungsbeschränkungen der DBP gegen sich gelten lassen muß. Die für richtig gehaltene Finanzierung bestimmter Postdienste durch Mehreinnahmen aus den Fernmeldediensten kostet den Fernsprechteilnehmer folglich nicht nur ein Mehr an Gebühren, sondern bürdet dem einzelnen Schadensrisiken auf, die im Einzelfall ganz erheblich sein können. Der Allgemeinheit zugute kommende Niedriggebühren bestimmter Postdienste beruhen mit auf dem Risiko persönlicher Schadenstragung der einzelnen Fernsprechteilnehmer. Diese Verbindung von Allgemeinnutzen und Einzelrisiko dürfte dem Charakter des Post- und Fernmeldewesens als Teil leistender und gemeinnütziger Verwaltung nicht gerecht werden.

---

24) Ausführlich oben IV.5.a).
25) Trotzdem bleibt für 1977 für die DBP insgesamt ein Kostendeckungsgrad von 107,9 v.H.

Ohne Anspruch auf umfassende, abschließende Prüfung erscheint dieser Konflikt entweder über Gebührensenkungen im Fernmeldebereich oder über Erweiterungen der fernmelderechtlichen Posthaftung lösbar. Letztere dürften bei der gegenwärtigen geringen Störanfälligkeit der Fernmeldedienste mit Sicherheit nicht den gesamten zur Zeit erzielten Gebührenüberschuß in Anspruch nehmen. Die Festlegung von Haftungshöchstsummen könnte die Kalkulierung des Haftungsrisikos erleichtern.

Es ist festzuhalten, daß nach der gegenwärtigen Rechtslage, wonach postalische Haftungseinschränkungen in erster Linie darin ihre Rechtfertigung finden, daß Gebühren so niedrig wie möglich bemessen werden können, der Fernsprechteilnehmer nicht das erhält, worauf er eigentlich einen Anspruch haben sollte: Er muß einen weitgehenden Haftungsausschluß gegen sich gelten lassen, ohne dafür in den Genuß niedriger Gebühren zu kommen. Dadurch, daß er sein Schadensrisiko selbst trägt, finanziert er die der Allgemeinheit zugute kommenden niedrigen Gebühren verschiedener Postdienste.

Es ist also bereits die Argumentation der h.M. zur Rechtfertigung der fernmelderechtlichen Haftungsregelung in sich unschlüssig.

Weitaus gravierender dürfte es aber sein, daß die die Zulässigkeit des Haftungsausschusses rechtfertigende Meinung fundamentale, die Rechtsordnung prägende Grundsätze außer Acht läßt, über deren Berechtigung an anderer Stelle kein Zweifel herrscht. Bedenkenlos wird der DBP erlaubt, selbst für grob schuldhaftes Verhalten ihrer Mitarbeiter nicht haften zu müssen. Der DBP wird hier ein Freiraum eingeräumt, der anderen aus Gründen der Gerechtigkeit und Billigkeit verweigert wird.

In § 11 Nr. 7 AGBG werden Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam erklärt, die die Haftung des Verwenders für eigene grob schuldhafte Vertragsverletzungen und

für solche seines gesetzlichen Vertreters oder seiner Erfüllungsgehilfen ausschließen oder beschränken. Solche Klauseln sollen generell unwirksam sein, weil sie grundsätzlichen Regelungen des geltenden Rechts zuwider laufen.[26] Es entspricht natürlichem Rechtsempfinden, jedenfalls für schwere Schuld haften zu müssen.[27] Ludwig Raiser[28] hat bereits im Jahre 1935 darauf hingewiesen, daß die Haftung des Unternehmers nicht in erster Linie ein Gebot der Wirtschaftlichkeit, sondern des Rechtes sei. Er habe für die Tauglichkeit seines Betriebes einzustehen und könne nicht von vornherein alle Haftung von sich abschieben und es dem Kunden überlassen, sich anderweit zu decken. Diese Aussage Raisers braucht nicht aktualisiert zu werden.

Selbstverständlich ist das AGB-Gesetz auf die Regelungen der Fernmeldeordnung nicht unmittelbar anzuwenden, da die FO als Rechtsverordnung keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthält. Es ist aber geboten, die im AGB-Gesetz kodifizierten Grundsätze entsprechend anzuwenden.[29] Die Rechtsordnung ist eine einheitliche. Es kann nicht angehen, die im Fernmeldebereich gewinnorientiert vorgehende DBP anders zu behandeln als einen privaten Unternehmer, nur weil die DBP unmittelbare Bundesverwaltung ist. Hier von Geboten des Rechtes abzuweichen, ist inkonsequent. Verlangt der Staat von Privaten in vergleichbaren Situationen die Einhaltung bestimmter Normen, die er selbst nicht bereit ist, einzuhalten, wird er unglaubwürdig.

Die Haftungsregelung der FO ist also bereits im Grundsatz weitgehend unzulässig. Aber auch dann, wenn man die in § 11 Nr. 7 AGBG kodifizierten, allgemeiner Rechtsüberzeugung entsprechenden Regeln nicht in Beziehung setzt zur fernmelderechtlichen Haftungsregelung, können die Argumente, die § 52

---

26) Vgl. Palandt/Heinrichs AGBG § 11 Vorbem.
27) Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 11 Nr. 7 Rdnr.34.
28) Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S.310.
29) Vgl. allg. zur Anwendung des AGBG auf Normen Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG 2.Aufl., § 1 Rdnr.9 m.w.N.

Abs. 5 S. 1 FO rechtfertigen sollen, auch für sich allein betrachtet nicht überzeugen. Der Haftungsausschluß soll nach h.M. der DBP ein rationelles Arbeiten ermöglichen und soll sie in die Lage versetzen, ihre Leistungen preisgünstig anzubieten.

Bei der Erörterung der Zulässigkeit von AGB-Klauseln im Zivilrecht ist man sich im wesentlichen einig, daß das Preissenkungsargument keine Rechtfertigung bietet für Klauseln, die den Kunden benachteiligen.[30] Denn es ist bereits zweifelhaft und auch kaum feststellbar, ob ein Preisvorteil überhaupt weitergegeben wird.[31] Die gleichen Bedenken gelten für das Fernsprechverhältnis. Die Gebührenstruktur deutet sogar eher darauf hin, daß sich das fehlende Haftungsrisiko überhaupt nicht auf die Gebührengestaltung auswirkt. Die Gebührenüberdeckung läßt vielmehr darauf schließen, daß ein Haftungsrisiko unschwer aufgefangen würde.

Außerdem ist das Argument, ein Haftungsausschluß senke die Preise, aber auch deshalb abzulehnen, weil es gerechter erscheint, daß Vertragsrisiken auf die Gesamtheit der Verbraucher verteilt werden und sich nicht zufällig bei dem einen oder anderen Kunden realisieren.[32] Auch dieser Gedanke muß im Fernmeldebenutzungsrecht Beachtung finden. Wie oben bereits erörtert wurde, erscheint eine Risikoabwälzung auf den einzelnen insbesondere für eine leistende und gemeinnützige Verwaltung wie die DBP nicht als gerechte Lösung der Frage, wer das Schadensrisiko zu tragen hat. Das Preisargument könnte nur dann relevant werden, wenn etwa verschiedene Tarife angeboten würden[33], was im Fernmeldedienst der DBP aber nicht der Fall ist. Das Argument, für den Teilnehmer nachteilige Haftungsregelungen ermöglichten niedrige Telefonge-

---

30) Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 9 Rdnr.71ff; Löwe/Graf v.Westphalen/Trinkner, AGBG, § 9 Rdnr.16.
31) Staudinger/Weber, Einl. v. § 241 Anm. N 48.
32) Löwe in FS für Larenz S.400 Fußn.44; Brandner, aaO, Rdnr.73.
33) Vgl.Raiser, aaO, S.311; Löwe/Graf v.Westphalen/Trinkner, § 9 Rdnr.17; Brandner, aaO, § 9 Rdnr.72 m.w.N.

bühren, ist damit als Begründung für die fernmelderechtliche Haftungsregelung nicht anzuerkennen.

Aber auch das Rationalisierungsargument kann Regelungen, die bereits aus grundsätzlichen Erwägungen heraus als nicht gerechtfertigt und unzumutbar gelten müssen, nicht zulässig werden lassen.[34] Hier schließt sich der Kreis zu den Überlegungen, inwieweit Haftungsrisiken überhaupt abwälzbar sind. § 11 Nr. 7 AGBG bringt zum Ausdruck, daß bestimmte, weitgehende Haftungsausschlüsse unwirksam sein müssen, ohne daß es die Möglichkeit einer Rechtfertigung geben soll. An dieser Grenze muß deshalb auch das Argument der DBP, die Regelung des § 52 Abs. 5 S. 1 FO sei nötig, um ein rationelles Arbeiten zu ermöglichen, ins Leere gehen.

Der Gesetzgeber selbst hat im AGB-Gesetz bestimmte Wertungen zum Ausdruck gebracht. Er hielt es für nötig, die Gestaltungsmöglichkeiten der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen einzuschränken. Das muß Konsequenzen auch für die Leistungsverwaltung haben. Das AGB-Gesetz setzt insofern Maßstäbe auch für die Gestaltung von Benutzungsverordnungen.

---

34) Brandner, aaO, § 9 Rdnr.76.

VII. Prozessuale Fragen

1. Die Rechtswegzuweisung des § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG

§ 9 Abs. 1 S. 2 FernmG lautet: "Über die Pflicht zur Zahlung der Gebühren steht der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen." Dem eindeutigen Wortlaut zufolge dürften eigentlich keine Zweifel bestehen, darin eine ausdrückliche Zuweisung der gebührenrechtlichen Streitigkeiten im Sinne des § 40 Abs. 1 VwGO an die ordentlichen Gerichte zu sehen.

Dennoch war das BVerwG in seinem Urteil vom 16. Februar 1968[1] der Ansicht, daß für sämtliche Streitigkeiten über Fernmeldegebühren der Verwaltungsrechtsweg gegeben sei. Das sei deshalb der Fall, weil § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG kein Bundesgesetz im Sinne von § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO sei. Denn es enthalte keine ausdrückliche Rechtswegzuweisung, da Sinn dieser Vorschrift es allein sei, den Rechtsweg überhaupt zu eröffnen. Dieser Zweck des § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG sei jedoch mit der Generalklausel des Art. 19 Abs. 4 GG entfallen. § 9 Abs.1 S.2 FernmG sei damit "seines Zweckes entkleidet, sinnlos und damit obsolet geworden"[2].

Der BGH vertrat den entgegengesetzten Standpunkt.[3] In einem bei ihm anhängigen Revisionsverfahren beabsichtigt er, nach wie vor die Zulässigkeit des Rechtswegs vor den ordentlichen Gerichten zu bejahen und sah sich deshalb veranlaßt, durch Beschluß vom 23. Januar 1970[4] die Frage der Fortgeltung des § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Entscheidung vorzulegen (§ 2 Abs. 1 RsprEinhG).

---

1) BVerwGE 29,133ff = NJW 1968,1251. Anders noch im Urteil vom 18.11.60 = NJW 1961,332 = DVBl 1961,134 = DÖV 1961,182 = Archiv PF 1961,48.
2) BVerwGE 29,135.
3) Vgl.Urt.v.27.1.65 = LM FernsprechO Nr.5 = MDR 1965,361 = BB 1965,303 = NJW 1965,759 = Archiv PF 1965,268. Bereits oben unter IV.5.c).
4) Soweit bekannt nicht veröffentlicht.

Der Gemeinsame Senat entschied am 15. März 1971[5], daß § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG auch nach Inkrafttreten des § 40 VwGO hinsichtlich des Grundes und der Höhe der Gebühren den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten eröffnet.

Unter "Bundesgesetz" im Sinne von § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO seien nicht nur vom Bundesgesetzgeber erlassene Gesetze zu verstehen, sondern auch vorkonstitutionelle Rechtsnormen, jedenfalls soweit sie mit Gesetzesrang als Bundesrecht fortgelten. Die Zuweisung von Fernmeldegebührenstreitigkeiten durch § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG an die ordentlichen Gerichte erfülle die Voraussetzungen des Vorbehaltes in § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Denn der Wortlaut dieser Norm sei klar und eindeutig. Nicht entscheidend sei, ob der frühere Gesetzgeber die Rechtswegzuweisung im Bewußtsein der Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Rechtswegen vorgenommen habe. Es würde zu einer für den Rechtssuchenden nicht tragbaren Rechtsunsicherheit führen, würde ihm zugemutet, an Hand der Entstehungsgeschichte der einzelnen Gesetze zu prüfen, ob er sich darauf verlassen kann, daß er den Rechtsweg, auf den ihn das Gesetz nach seinem sprachlich eindeutigen Wortlaut verweist, auch beschreiten kann. Gerade auf dem Gebiet der Rechtswegzuweisungen, denen vorwiegend nur eine Ordnungsfunktion zukomme, müsse der Rechtssuchende auf den Wortlaut von Zuständigkeitsregelungen vertrauen können.

Dieser Rechtsauffassung hat sich das BVerwG mit Urteil vom 21. April 1972[6] angeschlossen. Daß dieser "Wirrwarr von Gerichtswegen"[7], diese "Zersplitterung von Rechtswegzuständigkeiten"[8] nicht gerade ein Maximum an Verfahrensökonomie und

---

5) BVerwGE 37,369ff = NJW 1971,1606ff. Anm. zu dieser Entscheidung: Renck NJW 1971,1606, Kloepfer DVBl 1971,621 und Erichsen VerwArch 72,93.
6) Archiv PF 1974,362 = DÖV 1973,830 Nr.347 = BB 1972,731. Entsprechend die anderen Verwaltungsgerichte; vgl. z.B. OVG Lüneburg Archiv PF 1975,496.
7) Renck NJW 1971,1606.
8) Kloepfer DVBl 1971,621.

Transparenz darstellt, ist offensichtlich. Diese Lage zu bereinigen, ist jedoch Sache des Gesetzgebers.[9] Angesichts des klaren Wortlauts des § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG und der Regelung des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für alle fernmelderechtlichen Streitigkeiten nicht zu begründen.

Bei Streitigkeiten, die den Grund oder die Höhe eines Gebührenanspruchs zum Gegenstand haben, sind damit für den Regelfall der Klage eines Teilnehmers die Amts-, bzw. Landgerichte am Sitz der jeweiligen Oberpostdirektion zuständig (§ 18 ZPO i.V.m. §§ 2 Abs. 1 Nr. 5 und 3 Nr. 7 PostVertrVO).[10]

Es sind also - abgesehen von den Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten (§ 40 Abs. 2 S. 1 VwGO) - nur die fernmelderechtlichen Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung zugewiesen, die hinsichtlich des Grundes oder der Höhe von Fernmeldegebühren entstanden sind. Auch für einen Rechtsstreit über den Erlaß von Restgebührenforderungen nach § 19 Abs. 3 FO steht deshalb der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten offen, da durch den Erlaß die Verpflichtung zur Gebührenzahlung entfällt.[11]

Für alle sonstigen fernmelderechtlichen Streitigkeiten ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Damit sind z.B. andere als gebührenbezogene Einwendungen gegen die Fernmelderechnung, sofern ihnen nicht von der Fernmelderechnungsstelle abgeholfen wird, auf dem Verwaltungsrechtsweg weiterzuverfolgen. Klagen auf Anschließung an das öffentliche Fernmeldenetz, gegen Sperre, Aufhebung oder Stillegung einer Teilnehmereinrichtung sind vor den Verwaltungsgerichten zu erheben. Dasselbe gilt auch - entgegen der h.M. - für die Durchsetzung von Rechten und Pflichten aus der GEE und der Gegenerklärung der DBP.[12]

---

9) Vgl. auch Erichsen VerwArch 1972,95.
10) Kämmerer/Eidenmüller § 9 FAG Anm.5.
11) BVerwG Archiv PF 1976,885.
12) Oben III.3.b.

2. Die Beitreibung der Fernmeldegebühren (§ 9 Abs. 1 S. 1 FernmG)

Nach § 9 Abs. 1 S. 1 FernmG gelten für die Beitreibung von Gebühren der DBP aus der Benutzung ihrer Fernmeldeanlagen die Vorschriften über die Beitreibung von Postgebühren. Damit wird auf § 9 Abs. 3 S. 1 PostG verwiesen, wonach die Gebührenforderungen der DBP nach dem VwVG beigetrieben werden können. Nun bestimmt jedoch § 1 Abs. 2 2. Alt. VwVG, daß von der Verwaltungsvollstreckung solche öffentlich-rechtlichen Geldforderungen ausgenommen sind, für die ein anderer Rechtsweg als der Verwaltungsrechtsweg begründet ist. Und nach § 20 VwVG sind für Bundesbehörden und bundesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts die Bestimmungen des VwVG anzuwenden, soweit die Vollstreckung in Bundesgesetzen abweichend vom VwVG geregelt ist. Inwiefern die genannten Bestimmungen des VwVG und die Rechtswegzuweisung des § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG eine Verwaltungsvollstreckung der Fernmeldegebühren zulassen, ist streitig.[1]

Das BVerwG hat jüngst[2] die Befugnis der DBP, Fernmeldegebühren im Verwaltungsverfahren zu vollstrecken, für rechtes erklärt. Diese Vollstreckbarkeit im Verwaltungsverfahren werde nicht durch die §§ 1 Abs. 2 und 20 VwVG ausgeschlossen. § 1 Abs. 1 VwVG, wonach die öffentlich-rechtlichen Geldforderungen des Bundes und der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts nach den Bestimmungen des VwVG im Verwaltungswege vollstreckt werden, enthalte die Generalklausel. Sie schließe jedoch nicht aus, daß nicht auch andere Geldforderungen nach diesem Gesetz vollstreckt werden können. Wenn aber die Anwendbarkeit des Gesetzes nicht auf der Generalklausel des § 1 Abs. 1 VwVG beruhe, sondern ausdrücklich anderweitig gesetzlich angeordnet sei, entfalle

---

1) Dazu insbes. Tettinger JA 1978,289ff und Pietzner Archiv PF 1978,306ff.
2) Urt.v.16.9.77 = NJW 1978,335 m.Anm.v.Rupp = JZ 1978,59 = JR 1978,13 = MDR 1978,225 = DÖV 1978, 327 m.Anm.v.Schmidt= Archiv PF 1978,87 m.Anm.v.Klingler = JuS 1978,343 Nr.2. Davor ber. NJW 1961,332. Ebenso OVG Münster DVBl 1959,785.

auch die Anwendung der Ausnahmeregelung in § 1 Abs. 2 VwVG. § 20 VwVG habe die Regelung des § 9 Abs. 1 S. 1 FernmG nicht außer Kraft setzen können, da § 20 nur die Vollstreckung als solche, also nur das Vollstreckungsverfahren regele. Eine Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG scheide aus, da ein rechtsstaatlich angemessener Rechtsschutz gewährt werde.[3]

Gegen die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung von Fernmeldegebühren wurden jedoch berechtigte Bedenken geäußert, die auch nach der genannten Entscheidung des BVerwG nicht beseitigt sind. So wies bereits der VGH Mannheim[4] darauf hin, daß das VwVG mit seiner Regelung in § 1 Abs. 2 2. Alt. darauf abziele, jedem Erkenntnisverfahren ein spezifisches Vollstrekkungsverfahren zuzuordnen. § 1 Abs. 2 VwVG habe das Nebeneinander von Ausschluß des Verwaltungsrechtsweges für das Erkenntnisverfahren und Befugnis zur Verwaltungsvollstreckung aufgegeben.[5]

Tettinger[6] verweist in diesem Zusammenhang darauf, daß in der Gesetzesbegründung die Parallelität von Rechtsweg und Vollstreckungsweg betont wird, und führt aus, daß der "Grundsatz der Waffengleichheit" auch beim Rechtsschutz gegenüber einem Verwaltungshandeln zu berücksichtigen sei. Angemessener und effektiver Rechtsschutz beinhalte nicht nur die Existenz eines vorläufigen und vorbeugenden Rechtsschutzes, sondern auch eine gewisse "Korrelation von Rechtsweg und Vollstreckungsweg". Denn jedem Erkenntnisverfahren sei ein spezifisches, eben auf jenes Erkenntnisverfahren abgestelltes Vollstreckungsverfahren zugeordnet. Durchbreche man diese Zuordnung, so müsse der Rechtsschutz darunter leiden. Das BVerwG beurteile die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der Zivilgerichte allzu optimistisch.

---

3) NJW 1978,336.
4) Beschluß vom 7.3.72: NJW 1972,1341.
5) Ebenso OVG Hamburg JZ 1977,754 und VG Köln MDR 1977,343.
6) JA 1978,292f.

Auch Pietzner[7] tritt für die unter dem Gesichtspunkt adäquaten Rechtsschutzes notwendige Koppelung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren ein. Aus diesem Grundanliegen des § 1 Abs. 2 2. Alt. VwVG müsse dann aber der unausweichliche Schluß gezogen werden, "daß § 20 VwVG vorhandenes Altrecht, das diesen Grundvorstellungen des nachkonstitutionellen Gesetzgebers nicht gerecht wird, beseitigen... wollte".[8] Spätere Akte des Gesetzgebers, die dem § 9 Abs. 1 S. 1 FernmG einen neuen Geltungsbefehl unterlegt hätten, seien nicht erfolgt, da die Neubekanntmachung der geltenden Fassung des FernmG von 1977 aufgrund einer Ermächtigung des zuständigen Ressortministers erfolgte, und damit nur deklaratorischen Charakter hatte. Deshalb könne nicht davon ausgegangen werden, daß der nachkonstitutionelle Bundesgesetzgeber den § 9 Abs. 1 FernmG erneut in seinen Willen aufgenommen und ihm einen neuen Geltungsgrund unterlegt habe.[9] Kein Gegenargument sei in diesem Zusammenhang, der Vereinheitlichungswille des VwVG erstrecke sich nur auf die Vollstreckung als solche, also nur auf das Vollstreckungsverfahren. Für diese Auslegung ergebe sich aus dem Gesetz kein Anhalt und gewisse Argumente aus der Entstehungsgeschichte könnten insbesondere die teleologische Auslegung nicht erschüttern.[10]

Das BVerwG geht in seiner Entscheidung auf diese Argumente, insbesondere auf die gebotene Koppelung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, mit keinem Wort ein. Obwohl es selbst den "Wirrwarr von Gerichtswegen"[11] für wenig befriedigend hält, vergab es die Chance, den "Rechtswegdschungel, der einem Rechtsstaat unwürdig ist"[12], aufgrund einer überzeugenden teleologischen Auslegung des VwVG wenigstens etwas zu lichten. Es liegt nahe, zu vermuten, daß weniger rechtliche als viel-

---

7) Archiv PF 1978,318f.
8) aaO S.319.
9) aaO S.306 Fußnote 4. Vgl. auch Maunz in Maunz/Dürig/Herzog Art.100 Rnr.16 und Stern im BK Art.100 Rnr.97.
10) aaO S.319.
11) NJW 1978,337 mit Bezug auf Kämmerer/Eidenmüller § 9 FAG Anm.4.
12) Pietzner Archiv PF 1978,320.

mehr praktische, auf die Bedürfnisse der DBP abgestellte Überlegungen die Entscheidung beeinflußten.

Damit bleibt nur zu hoffen, daß der Gesetzgeber die Zersplitterung der Zuständigkeiten im Bereich des Fernmeldewesens bereinigt.[13] Zwei Wege stehen zur Verfügung[14]: Entweder wird - durch Streichung des § 9 Abs. 1 S. 1 FernmG - die Anordnung getroffen, daß die DBP für die Vollstreckung ihrer Gebührenforderungen eines zivilgerichtlichen Titels bedarf. Dagegen könnte die DBP sicherlich mit Erfolg unter Berufung auf Gründe der Verwaltungsökonomie intervenieren. Oder man weist die Rechtsstreitigkeiten über die Pflicht zur Zahlung der Gebühren - durch Streichung des § 9 Abs. 1 S. 2 FernmG, womit auch Satz 1 überflüssig wäre - generell den Verwaltungsgerichten zu. Eine klarstellende Novellierung des Fernmeldeanlagengesetzes erscheint jedenfalls dringend notwendig.

---

13) So auch der Appell des BVerwG NJW 1978,337. Entsprechend Rupp NJW 1978,338 und Kämmerer/Eidenmüller § 9 FAG Anm.4.
14) Vgl. Tettinger JA 1978,294.

Lebenslauf

Am 29. Juni 1951 wurde ich als Sohn des Nürtinger Rechtsanwaltes Dr. August Hagmann und seiner Ehefrau Dorothee Hagmann, geb. Förstner, in Plochingen, Kreis Esslingen, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

In Esslingen besuchte ich von April 1958 bis März 1962 die Grundschule Hohenkreuz und im Anschluß daran das Georgii-Gymnasium. Im altsprachlich-humanistischen Zweig der Schule legte ich im Juni 1970 die Reifeprüfung ab.

Nach zwei Jahren Wehrdienst studierte ich vom Herbst 1972 bis Juni 1977 in Tübingen Rechtswissenschaft an der Eberhard-Karls-Universität. Im September 1977 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg ein, nachdem ich am 6. Juni 1977 nach neunsemestrigem Studium die Erste juristische Staatsprüfung bestanden hatte. Für die Anfertigung meiner Dissertation erhielt ich von August 1978 bis Juli 1979 wissenschaftlichen Urlaub. Am 23. Dezember 1980 legte ich die Zweite juristische Staatsprüfung ab.